Der

Begriff der Unwirksamkeit

im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Richard Markwald

Referendar aus Berlin.

ACAD. LAND BAT. BERL.

Berlin.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld.

1903.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552725_0009

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

§ 1. Der Mangel einer einheitlichen Begriffsbildung im Bürgerlichen Gesetzbuche 9

I. Die weitere Unwirksamkeit.

§ 2. A. Abgrenzung gegen die Anfechtbarkeit 14

§ 3. B. Weitere Unwirksamkeit im besonderen 26

II. Die reine Unwirksamkeit.

§ 4. A. Abgrenzung gegen die Nichtigkeit 30

B. Reine Unwirksamkeit im besonderen:

§ 5. 1. Vollkommene Unwirksamkeit 36

2. Unvollkommene Unwirksamkeit:

§ 6. a) Schwebende Unwirksamkeit 49

§ 7. b) Relative Unwirksamkeit 53

§ 8. Ergebnis: Voraussichtlicher Einfluß auf den zukünftigen Sprachgebrauch 58

Literaturverzeichnis.

1. Arndts, Pandekten, 13. Aufl.
2. Bernhöft, Das Bürgerliche Recht (Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901).
3. Brandis, Ueber absolute und relative Nichtigkeit (Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Band VII).
4. Brinz-Lotmar, Pandekten, 2. Aufl.
5. Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
6. Cremer, Beschränkte Nichtigkeit. Inaugural-Dissertation. Erlangen 1897.
7. Crome, System des Bürgerlichen Rechts, 1900.
8. Dernburg, Pandekten, 5. Aufl.
9. Eck, Vorträge über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896.
10. Eck, Vorträge über das B.G.B., allgemeiner Teil, 1898.
11. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl.
12. Endemann, Civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, 1887.
13. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 1900.
14. Entwürfe zum B.G.B.
15. Figge, Der Begriff der Unwirksamkeit im B.G.B. Inaugural-Dissertation, Rostock 1902.
16. Gradenwitz, Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, 1887.
17. Hachenburg, Vorträge über das B.G.B., 2. Aufl.
18. Hahn-Mugdan, Die Materialien zu den Reichsgesetzen, 1898.
19. Hellmann, Vorträge über B.G.B., 1897.
20. Hellmann, Zur Lehre von der nachträglichen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte (Archiv für civ. Praxis Bd. 90).
21. Hölder, Pandekten, 1891.
22. Hölder-Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B., 1900.
23. Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte (Archiv für civ. Praxis Bd. 86).
24. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877.
25. Keller, Pandekten, 1861.
26. Kohler, Mentalreservation und Simulation (Iherings Jahrbücher Bd. 16).
27. Krückmann, Institutionen des B.G.B., 2. Aufl.

28. Leonhard, Der allgemeine Teil des B.G.B., 1900.
29. Leonhard, Der Irrtum bei nichtigen Verträgen, 1882/83.
30. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.
31. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
32. Mitteis, Zur Lehre von der Ungültigkeit (Iherings Jahrbücher Bd. 28).
33. Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach Bürgerlichem Gesetzbuche, 1900.
34. Motive zum Entwurfe eines B.G.B., 1888.
35. Mühlenbruch, Pandekten, 4. Aufl.
36. Planck, Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl.
37. Priem, Giebt es eine Mittelstufe zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit? Inaugural-Dissertation, Erlangen 1899.
38. Regelsberger, Pandekten, 1893.
39. Rehbein, Das B.G.B., 1899.
40. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1841.
41. Scherer, Allgemeiner Teil des B.G.B., 1897.
42. Schlottmann, Die Anfechtbarkeit nach römischem Recht und B.G.B. Inaugural-Dissertation, Rostock 1901.
43. Sintenis, Das gemeine Civilrecht, 3. Aufl.
44. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 4. Aufl.
45. v. Wächter, Pandekten, 1880.
46. Wendt, Pandekten 1888.
47. Weyl, Vorträge über das B.G.B. für Praktiker, 1898.
48. Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Aufl.
49. Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf zum B.G.B., 1890.
50. Zitelmann, Das Recht des B.G.B., allgemeiner Teil, 1900.

Einleitung.

§ 1. Der Mangel einer einheitlichen Begriffsbildung im B.G.B.

Ein Rechtsgeschäft ist eine private Willenserklärung, gerichtet auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges. So oder in ähnlicher Weise wird im allgemeinen die Definition des Begriffs „Rechtsgeschäft" gegeben.[1]) Eine von allen anerkannte Definition wird und kann sich nie finden lassen, denn der Begriff des Rechtsgeschäfts ist uns nicht aus den Quellen überkommen, sondern „ein Produkt der modernen Systematik."[2]) Es ist also ein Begriff, den, um mit Windscheid zu reden, „die Rechtswissenschaft zu ihren Zwecken aufstellt", so daß sich jeder ihn gestalten kann, wie es seiner Ansicht entspricht, „vorausgesetzt, daß er in der Bezeichnung der zusammengefaßten Denkelemente mit dem Ausdruck „Rechtsgeschäft" nicht sprachwidrig wird"[3]).

Für das Folgende mag es genügen, die oben gegebene Definition als feststehend anzunehmen.

Die Willenserklärung ist gerichtet auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges. Daß die Rechtsordnung diesen Erfolg eintreten läßt, weil er „gewollt" oder „beabsichtigt"

[1]) Windscheid, Pandekten, I, S. 266; Dernburg, Pandekten, I, S. 214; Wendt, Pandekten, S. 81; Brinz-Lotmar, Pandekten, IV, S. 4; Unger, Oesterr. Privatrecht, II, S. 40; Planck, Kommentar z. B.G.B., I, S. 142; Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft; Manigk, das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, S. 35ff.

[2]) Dernburg, I, S. 214.

[3]) Windscheid, a. a. O. S. 267.

sei, wie viele meinen, so Windscheid, Planck, Motive zum B.G.B.[1]) u. A., ist nicht richtig. Denn das Recht kann auch einer Willenserklärung eine Wirkung verschaffen, die nicht gewollt oder beabsichtigt ist. Dies ist namentlich deutlich erkennbar im Fall der Mentalreservation.[2]) Hier hat die Willenserklärung einen rechtlichen Erfolg, obgleich „der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen“ (B.G.B. § 116). Es ist deshalb meines Erachtens richtiger, statt der gewollten oder beabsichtigten Wirkung mit Zitelmann[3]) „die dem Inhalte des Geschäfts entsprechende Wirkung, die Geschäftswirkung“ zu setzen.[4]) Diese „Geschäftswirkung“ kann nun eintreten oder, gleichgültig aus welchem Grunde, nicht oder nicht ganz eintreten. Die Regel wird es sein, daß die Rechtsordnung den Rechtsgeschäften zu dem rechtlichen Erfolge verhilft. Solche Geschäfte, bei denen die dem Geschäftsinhalt entsprechende Wirkung eintritt, sind also wirksame Rechtsgeschäfte. Ausnahmsweise gibt es aber auch Geschäfte, denen das Recht diese Wirkung ganz oder teilweise versagt. Es kann dies aus den verschiedensten Gründen erfolgen, sei es, daß dem Erklärenden der nötige Wille oder die Geschäftsfähigkeit mangelt oder daß ein gesetzliches Verbot dem Abschluß der betreffenden Art von Geschäften entgegensteht, oder daß die abgegebene Willenserklärung allein zu schwach ist, um eine rechtliche Wirkung hervorzurufen, und anderes mehr. Diese Geschäfte stehen also im Gegensatz zu den wirksamen Rechtsgeschäften. Sie wurden von den gemeinrechtlichen Schriftstellern mit den verschiedensten Ausdrücken bezeichnet, wie „ungültige“ Geschäfte[5]) oder „mangelhafte“[6]) Geschäfte oder

[1]) Windscheid, a. a. O. S. 266; Planck, a. a. O. S. 142, Motive, I, S. 126.

[2]) Leonhard, Allg. Teil S. 431.

[3]) Zitelmann, Allg. Teil S. 101.

[4]) Vgl. auch Leonhard, a. a. O. S. 431 u. Figge, S. 19.

[5]) So Savigny, IV, § 202; Arndts, § 79.

[6]) So Regelsberger, S. 631.

„fehlerhafte“ Rechtsgeschäfte.[1]) Keineswegs verstanden aber diese Schriftsteller unter den verschiedenen Bezeichnungen dasselbe, vielmehr zog der eine den Begriff enger, jener faßte ihn weiter auf.

Das B.G.B hat nun einen im Entwurf I noch nicht benutzten Begriff der „Unwirksamkeit“ eingeführt und damit einen neuen (wenn auch schon vorher bekannten, aber doch nicht als terminus technicus angewendeten) Ausdruck zu der schon recht mannigfaltigen und verworrenen Nomenklatur hinzugefügt.

(Dem römischen Recht fehlte der Begriff der Unwirksamkeit ganz. Allerdings findet sich der Ausdruck „inefficax“ oder auch „inutilis“, ohne daß darunter aber ein fest ausgebildeter Rechtsbegriff verstanden wurde. Selbstverständlich beruht dieser Mangel auf dem schon oben erwähnten Fehlen des Begriffs der Rechtsgeschäfte im römischen Recht.)[2])

Das Gesetzbuch hat leider verschwiegen, was unter „unwirksam“ zu verstehen sei; die Verfasser des Gesetzes haben uns keine Definition gegeben, sondern „ihre leitenden Gedanken nur in der Form der Einzelbestimmungen veröffentlicht.“[3]) Es ist also der Wissenschaft überlassen worden, an der Hand der einzelnen, sehr zahlreichen Fälle[4]) zu ermitteln, was das B.G.B. unter dem Begriff der „Unwirksamkeit“ verstanden wissen will. Denn nur dann kann man von einem Begriff der „Unwirksamkeit“ im B.G.B. sprechen, wenn man feststellt, was nach dem Gesetzbuch unwirksam ist, und nur dies zu erforschen ist die Aufgabe der Wissenschaft. Nicht aber darf man zunächst sich selbst den Begriff der Unwirksamkeit rein logisch und sprachlich festsetzen und dann unter den so gefundenen Begriff die im B.G.B. vorhandenen Fälle zu gruppieren suchen, wenigstens

[1]) So Dernburg, a. a. O. S. 285; Jacobi, S. 51ff.

[2]) cfr. Leonhard, a. a. O., Figge a. a. O.

[3]) Leonhard, a. a. O. S. 430.

[4]) Die übrigens nirgends vollzählig aufgeführt sind; auch Planck, a. a. O. S. 142, übersieht eine größere Anzahl.

nicht dann, wenn das kommentierte Gesetz offenbar anderer Anschauung ist. In diesen Fehler verfällt z. B. Crome[1]) der zu den unwirksamen Geschäften ausdrücklich nicht die suspensiv bedingten nach Ausfall der Bedingung rechnet. Daß aber das B.G.B. diese als unwirksam bezeichnet, ist, wie weiter unten näher auszuführen ist, zweifellos.

Ferner aber darf der Begriff der „Unwirksamkeit“ und der Ausdruck „Unwirksamkeit“ nicht verwechselt werden. Wie oft ein Ausdruck mehrere Begriffe deckt, so decken andrerseits oft mehrere Ausdrücke einen Begriff. Der Gesetzgeber ist ebenso wenig wie jeder andere gezwungen, denselben Begriff stets in derselben Weise zu bezeichnen. Dies übersehen bis auf Crome und Planck meines Erachtens alle Schriftsteller, die bisher überhaupt diesen noch jungen Begriff erwähnt haben, indem sie die Fälle, wo das Gesetzbuch nicht eines der Worte „unwirksam“ oder „nicht wirksam“ oder „wirksam“ gebraucht, gar nicht berücksichtigen. Es gibt indessen eine Anzahl von Rechtsgeschäften, die im B.G.B. nicht gerade mit einem dieser Ausdrücke bezeichnet sind und die doch unter die begrifflich unwirksamen fallen. Auch dies ist weiter unten am geeigneten Platze noch genauer auszuführen.

Als unwirksam ist, wie schon bemerkt, ein Geschäft zu bezeichnen, das nicht die dem Geschäftsinhalt entsprechende Wirkung hat. Daß es überhaupt keine Wirkung hat, ist daraus noch nicht zu schließen. Vielmehr kann z. B. ein Geschäft, dem die Geschäftswirkung fehlt, die Wirkung einer Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz im Gefolge haben u. a. mehr.

Es kann mir vielleicht der Vorwurf gemacht werden, daß, entgegen dem Thema, das schlechthin von „Unwirksamkeit im B.G.B“ spricht, bisher nur die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften in die Erörterung gezogen worden ist. Gewiß können auch andere Willenserklärungen, die nicht

[1]) Crome, Allg. Teil, S. 345.

private sind, unwirksam sein, so z. B. Urteile oder Verfügungen eines Gerichts, also Willenserklärungen kraft staatlicher Autorität, die für nichtig erklärt sind. Demnach müßten allerdings bei einer Abhandlung über den Begriff der Unwirksamkeit nicht nur Rechtsgeschäfte Berücksichtigung finden. Jedoch unsere Aufgabe ist enger; es handelt sich nur darum, den Begriff der Unwirksamkeit im B.G.B. zu betrachten. Das B.G.B. aber wendet diesen Begriff, wie es ja in der Natur des Privatrechts liegt, nur auf Privatwillenserklärungen an, mögen sie in der Form einseitiger oder zweiseitiger Rechtsgeschäfte erscheinen. Darum beschränkt sich mit Recht die Arbeit nur auf die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften.

Der oben gegebene Begriff der Unwirksamkeit gibt nicht den Grund an, weshalb die Geschäftswirkung den betreffenden Geschäften versagt wird. Daraus folgt, daß dieser Begriff der Unwirksamkeit nicht nur auf eine bestimmte Art von wirkungslosen Geschäften, sondern auf alle Geschäfte Anwendung finden kann, die aus irgend einem Grunde nicht die Geschäftswirkung haben, sei es, daß sie sie nicht haben können, sei es, daß sie sie nicht haben wollen (vergl. S. 36 ff.).[1]) Der Begriff „unwirksam“ in diesem Sinne ist also eine Bezeichnung für eine Reihe von Geschäften, ein Gattungsbegriff, wie Eck[2]) treffend betont, ein Rahmen, innerhalb dessen verschiedene Arten von nicht wirksamen Rechtsgeschäften möglich sind. In diesem Sinne, als Gattungsbegriff, sehen wir die Unwirksamkeit auch, wie weiter unten auszuführen ist, im B.G.B. Daneben aber findet der Begriff „Unwirksamkeit“ auf Fälle im Gesetzbuche Anwendung, wo von einem verschiedene Arten umfassenden Begriffe nicht die Rede sein kann. In diesen Fällen bedeutet vielmehr die Unwirksamkeit, wie im zweiten Teile ausführlich behandelt werden wird, ein Wesen sui generis, von andern Begriffen, wie

[1]) Matthias, S. 229.
[2]) Eck, a. a. O. S. 42.

namentlich dem der Nichtigkeit, vollständig verschiedenes. Es mangelt also dem B.G.B. an einem einheitlichen Begriff der Unwirksamkeit, so daß man einen weiteren und einen engeren unterscheiden muß. Dies ist auch richtig von Crome[1]), Zitelmann[2]), Leonhard[3]), Eck[4]), Krückmann[5]), Hachenburg[6]), Figge[7]) u. A. erkannt. Demgemäß muß sich auch die folgende Darstellung in zwei Teile, Untersuchung des weiteren und des engeren Begriffs der Unwirksamkeit, spalten.

I. Die weitere Unwirksamkeit.

§ 2. A. Abgrenzung gegen die Anfechtbarkeit.

Unwirksam im weiteren Sinne ist, wie schon oben betont, jedes Rechtsgeschäft, wenn es den dem Geschäftsinhalte entsprechenden Erfolg nicht hat. Aus welchem Grunde die Geschäftswirkung versagt wird, ist aus dieser Begriffsbestimmung nicht ersichtlich. Es ist also bei dieser „weiteren Unwirksamkeit“ ein großer Spielraum den verschiedenen Ursachen gewährt, wegen deren eine Willenserklärung nicht die Geschäftswirkung haben kann.

Fast von allen Schriftstellern wird nun der weitere Unwirksamkeitsbegriff in der Weise ausgelegt,[8]) daß sie sagen, er umfasse:

1. Die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, die noch von

[1]) Crome, a. a. O. S. 345.
[2]) Zitelmann, a. a. O. S. 101.
[3]) Leonhard, a. a. O. S. 432.
[4]) Eck, a. a. O. S. 42,
[5]) Krückmann, a. a. O. S. 320.
[6]) Hachenburg, a. a. O. S. 133.
[7]) Figge, a. a. O. S. 29 ff.
[8]) Obgleich sich viele darüber nicht klar aussprechen, ist doch aus ihren Ausführungen zu ersehen, daß sie auf diesem Standpunkt stehen.

manchen unter den Oberbegriff „Ungültigkeit“ vereinigt werden und

2. die „sonstige Unwirksamkeit“ (engere Unwirksamkeit).[1])

Diese Behauptung bedarf einer genaueren Prüfung auf ihre Richtigkeit. Hierbei mag die Frage, ob unter den allgemeineren Begriff der Unwirksamkeit auch die „sonstige Unwirksamkeit“ falle, unerörtert bleiben. Denn

1. ist dies von keinem Schriftsteller bestritten worden, in soweit sich bisher überhaupt die Literatur mit diesem Gegenstande beschäftigt hat, was noch in sehr geringem Maße der Fall ist, und

2. wird die „sonstige Unwirksamkeit“ den zweiten Teil der Arbeit bilden und dort ausführlich behandelt werden.

Es ist also hier nur zu untersuchen, ob der Oberbegriff „Unwirksamkeit“, auch die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, bezw. ihre Zusammenfassung als „Ungültigkeit“ in sich begreift. Dazu ist meines Erachtens wenigstens eine kurze Beantwortung folgender Fragen notwendig vorher zu erledigen:

1. Welchen Begriff bezeichnet man als Nichtigkeit?

2. Welchen Begriff bezeichnet man als Anfechtbarkeit?

3. Ist die Zusammenfassung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als Ungültigkeit berechtigt?

Es liegt also als erste Frage vor: Wann nennen wir ein Rechtsgeschäft ein nichtiges? Diese Frage ist, obgleich man auf den ersten Blick meinen sollte, daß ihre Beantwortung nicht schwer sein kann, eine der bestrittensten in der gemeinrechtlichen wie heutigen Jurisprudenz. Nach Savigny[2]) ist Nichtigkeit die vollständige Ungültigkeit, eine reine Verneinung der Wirksamkeit. Diese Definition ist dann noch in den verschiedensten Modifikationen von den Schrift-

[1]) So Planck, a. a. O. S. 145, Crome, a. a. O. S. 345, Eck, a. a. O., S. 42, Matthiass, a. a. O. S. 229, Hachenburg, a. a. O. S. 133, Leonhard, a. a. O. S. 432, Krückmann, a. a. O. S. 320 u. A.

[2]) Savigny, a. a. O. IV, S. 536.

stellern angenommen worden.[1]) Endemann[2]) gibt meines Erachtens dieser Ansicht am deutlichsten Ausdruck, indem er sagt: „Ein Rechtsgeschäft ist nichtig, das bedeutet: Die Rechtsordnung verweigert einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung die begehrte Rechtswirkung."

Wenn auch diese Definitionen nichts falsches sagen, so haben sie doch meines Erachtens den Fehler, daß sie von einem unrichtigen Standpunkt ausgehen und darum das Ziel nicht ganz treffen. Denn daß den nichtigen Rechtsgeschäften die rechtliche Wirkung vollständig versagt wird, ist zwar richtig und ist auch dasjenige, was praktisch von alleiniger Bedeutung ist. Es ist aber nur die Folge der Nichtigkeit und macht nicht ihr Wesen aus. Diese Definitionen verwechseln also die Ursache mit der Folge.[3]) Man darf vielmehr nicht bei der Negierung der Wirksamkeit stehen bleiben, sondern muß logischerweise noch weitergehen und fragen: warum verweigert den hier in Betracht kommenden Geschäften die Rechtsordnung die rechtliche Wirkung, und nur die Antwort hierauf kann das Wesen der nichtigen Willenserklärungen klarstellen. Ich möchte die eben aufgeworfene Frage in der Weise beantworten, daß ich sage: Die betreffenden Rechtsgeschäfte haben deshalb nicht die rechtsgeschäftliche Wirkung, weil sie keine rechtliche Existenz haben[4]). Daß sie überhaupt nicht existieren, ist damit nicht gesagt. Zwar haben manche die Ansicht aufgestellt, ein nichtiges Rechtsgeschäft führe bloß eine Scheinexistenz, in Wahrheit bestehe es nicht.[5]) Das ist aber nicht richtig. Denn diese nichtigen Rechtsgeschäfte sind wirklich

[1]) So Sintenis, a. a. O. S. 211, Wendt, a. a. O. S. 158, Crome. a. a. O., S. 346, Zitelmann, a. a. O. S. 102 u. A.

[2]) Endemann. a. a. O. S. 316.

[3]) Vgl. Karlowa, a. a. O. S. 117, Unger, a. a. O. II, S. 140, Priem. a. a. O. S. 10.

[4]) Worin der Grund ihrer rechtlichen Existenzlosigkeit zu suchen ist, ist unter II A näher ausgeführt.

[5]) So Unger a. a. O. II S. 141. Dernburg a. a. O., S. 286.

vorgenommen, nur daß das Recht ihnen seine Anerkennung versagt. Durch das Versagen der rechtlichen Anerkennung verschwindet aber nicht das einmal Vorgenommene, also faktisch ins Leben Getretene. Diese Ansicht teilt auch Leonhard[1]), wenn er sagt: „Der Geschäftsakt sei wirklich da, es fehle nur die juristische Existenz.“ Und eine gleiche Auffassung hat auch Windscheid[2]), indem er ausführt: „Das Rechtsgeschäft existiert für das Recht nicht, tatsächlich ist es aber vorhanden. Es ist ein Körper ohne Seele, aber deswegen nicht weniger ein Körper“ [3]).

Ich komme also zu dem Resultat: Die Definition: „Nichtig sind die Rechtsgeschäfte, denen die Geschäftswirkung von der Rechtsordnung versagt wird,“ ist dahin zu modifizieren: „Nichtig sind die Rechtsgeschäfte, die rechtlich nicht bestehen und denen deshalb die Geschäftswirkung versagt wird.“

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist dieser Ansicht. Zwar gibt uns das Gesetz selbst auch von dem Begriffe der „Nichtigkeit“ ebenso wenig wie von dem der „Unwirksamkeit“ eine Definition, doch geht es von der in den Motiven S. 217 gegebenen Begriffsbestimmung aus.[4]) Und wenn auch die Motive eines Gesetzes nicht zwingend für die Auslegung sind, sondern nur lediglich „unterstützende Bedeutung“ [5]) haben, so geben sie doch in Ermangelung einer authentischen Interpretation einen wichtigen Anhaltspunkt.[6]) Nach den Motiven ist nichtig im Sinne des Entwurfs I § 108 „dasjenige Rechtsgeschäft, welches hinsichtlich der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen wäre.“ So legt allerdings auch der Entwurf den Hauptton auf das Versagen der rechtlichen Wirkungen,

[1]) Leonhard, Irrtum, S. 298.
[2]) Windscheid, a. a. O. S. 361.
[3]) Krückmann, a. a. O. S. 308; Wächter, § 84.
[4]) Planck, a. a. O., S. 145.
[5]) Schlottmann, a. a. O. S. 43.
[6]) Planck, a. a. O. S. 145.

aber er gibt der obigen Definition doch Raum. Denn das Rechtsgeschäft wird so „angesehen“, als ob es nicht vorgenommen wäre, mithin ist es nach der Ansicht des Gesetzgebers vorgenommen. Das heißt aber nichts anderes, als daß der Geschäftsakt wirklich vorhanden ist, nur keine rechtlichen Wirkungen haben soll. Dies stimmt aber vollkommen mit der von uns oben gegebenen Kennzeichnung des nichtigen Rechtsgeschäfts überein.

Auf die einzelnen Arten nichtiger Willenserklärungen, die Geltendmachung der Nichtigkeit und ihre Heilung, soll hier nicht näher eingegangen werden.

Auf die Ursachen der Nichtigkeit werde ich dagegen weiter unten noch zu sprechen kommen. (Vergl. § 4).

Es ist alsdann die zweite Frage aufzustellen: „Was ist ein anfechtbares Rechtsgeschäft?“

Der Ausdruck „anfechtbar“ ist zuerst von Savigny [1] in Anwendung gebracht worden und hat allgemeine Anerkennung gefunden, so daß ihn heute wohl jeder Schriftsteller und jedes Gesetzbuch gebraucht. Man sollte deshalb glauben, daß auch vollkommene Einigkeit darüber herrscht, was unter anfechtbar zu verstehen sei. Dies ist aber keineswegs der Fall, vielmehr ist der Begriff der „Anfechtbarkeit“ „weit davon entfernt, durch Konsens der Schriftsteller festgestellt zu sein.“ [2]

Für Savigny war es verhältnismäßig leicht, den Begriff der Anfechtbarkeit zu bestimmen. Denn da nach seiner Ansicht die Mängel der Rechtsgeschäfte nur in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu scheiden sind, war für ihn Anfechtbarkeit der Gegensatz zur Nichtigkeit, ein anfechtbares Rechtsgeschäft also dasjenige, welches ungültig ist, ohne nichtig zu sein. [3] Mit dieser bloßen Negierung konnte man aber in der folgenden Zeit sich nicht zufrieden geben, man

[1] Savigny, a. a. O. S. 536.
[2] Gradenwitz, a. a. O. S. 310.
[3] Savigny, a. a. O. S. 537.

suchte daher den Begriff nach der positiven Richtung hin näher zu bestimmen.[1]) Es ist hier nicht der Ort, genauer auf die Lehre von der Anfechtbarkeit und die einzelnen Kontroversen einzugehen. Nur so viel sei hier gesagt: Der Streit dreht sich im wesentlichen darum, ob das anfechtbare Rechtsgeschäft wirksam sei oder ob es, wie Windscheid[2]) meint, „durch die Möglichkeit, es anzufechten, nicht minder in seiner Kraft gehemmt sei, als das nichtige." Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschließen. Denn das anfechtbare Rechtsgeschäft übt, wenn und solange die Anfechtung nicht erfolgt, volle rechtliche Wirkung wie jedes andere Rechtsgeschäft aus. Das kann nicht bestritten werden. Die Kraft eines Rechtsgeschäfts beruht aber eben darin, daß es die dem Geschäft entsprechenden Wirkungen hervorbringt. Soll also die Kraft eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts gehemmt sein, obwohl es rechtliche Wirkungen hervorruft? Das ist meines Erachtens nicht möglich. Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist vielmehr ein wirksames und, weil die Rechtsordnung zuläßt, daß es die rechtlichen Wirkungen hervorbringt, auch ein gültiges Rechtsgeschäft. Daß eine oder mehrere Personen das Recht haben, die Wirkung des bestehenden Geschäfts aufzuheben, „seine Entkräftung herbeizuführen"[3]) ändert an der vor der Aufhebung bestehenden Gültigkeit nichts. Man kann dieses Aufhebungsrecht als eine Resolutivbedingung auffassen, die im Gegensatz zu sonstigen, von den Parteien gesetzten Bedingungen als Gesetzesbedingung zu betrachten ist. Wie aber jedes andere resolutiv bedingte Rechtsgeschäft ein gültiges ist, warum nicht das anfechtbare?

Vollkommen auf dem diesseits vertretenen Standpunkt steht das Gesetzbuch, wie aus den Motiven S. 219 hervorgeht: „Das anfechtbare Geschäft steht unter einer auf-

[1]) Gradenwitz, a. a. O. S. 310, Schlottmann, a. a. O. S. 14.
[2]) Windscheid, a. a. O. S. 634.
[3]) Regelsberger, a. a. O. S. 631.

lösenden Gesetzesbedingung, deren Eintritt besonderer Bestimmung zufolge rückwirkende Kraft hat. Solange es nicht angefochten ist, besteht das Rechtsgeschäft."

Es kann meines Erachtens gar nicht scharf genug der Unterschied zwischen einem anfechtbaren und einem angefochtenen Rechtsgeschäft betont werden. Ihn zu verwischen, hieße vollkommen verkennen, was Anfechtbarkeit bedeuten soll. Das anfechtbare Geschäft ist gültig und wirksam, das angefochtene einem nichtigen gleichgestellt. (§ 142, Abs. 1).

Der hier wenigstens im Umriß dargestellten Ansicht folgt heute wohl die überwiegende Anzahl aller Schriftsteller: nur Windscheid, dessen Lehre von der Ungültigkeit sich überhaupt „durch starke Individualisierung auszeichnet",[1]) vertrat bis zuletzt den entgegengesetzten Standpunkt.

Als dritte, wenn auch das Thema nicht direkt interessierende Frage liegt vor: Werden Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mit Recht unter der Bezeichnung „Ungültigkeit" zusammengefaßt? Diese Frage ist um so wichtiger, als eine große Anzahl Schriftsteller diese Bezeichnung teils mit, teils ohne Begründung anwendet und dieser Ausdruck schon von Savigny her einen dauernden Platz im juristischen Sprachgebrauch einnimmt. Doch ist diese Frage nach dem vorangegangenen kurz zu entscheiden.

Die Zusammenfassung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als Ungültigkeit, wie sie z. B. von Arndts[2]), Keller[3]), Leonhard[4]), Hölder[5]), Crome[6]), Gradenwitz[7]), Windscheid[8]) u. A. vorgenommen wird, ist naturgemäß nur dann

[1]) Mitteis, a. a. O. S. 90.
[2]) Arndts, a. a. O. § 79.
[3]) Keller, a. a. O. § 60, S. 115.
[4]) Leonhard, Irrtum, S. 113.
[5]) Hölder, Pandekten, S. 302.
[6]) Crome, a. a. O. S. 346.
[7]) Gradenwitz, a. a. O. S. 297.
[8]) Windscheid, a. a. O. S. 360.

möglich, wenn man der Ansicht ist, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft kein vollgültiges sei. Diese Ansicht ist richtig vom Windscheidschen Standpunkte, wonach das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht weniger in seiner Kraft gehemmt sei als das nichtige und darum von vornherein ungültig sei. Es ist aber bereits oben dargelegt, daß diese Ansicht zu verwerfen, das anfechtbare Rechtsgeschäft volle Wirkung habe und darum als gültig anzusehen sei. Es ist demnach nicht richtig, es als ungültig zu bezeichnen. Daß es durch die Ausübung des Rechts bestimmter Personen die Geltung und damit die Wirksamkeit verlieren kann, beweist eben nur, daß es vorher rechtliche Geltung hat. Diese Ansicht vertreten auch bedeutende Schriftsteller, so Wendt,[1]), der erklärt: „Anfechtbarkeit sei nicht eine Art, als vielmehr der Gegensatz zur Ungültigkeit", und namentlich Brinz[2]) betont diesen Gedanken scharf: „Daß Ungültigkeit als ein die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit umfassendes Wort gebraucht werde, sollte nicht erlaubt sein. Denn anfechtbar ist, was ungültig werden kann und eben deswillen nicht ist." So auch Sintenis,[3]) Jacobi[4]) u. A.

Nun meint allerdings Hölder[5]): „Wie die Verbrauchbarkeit einer Sache nicht die Möglichkeit ihres Verbrauchs, sondern die Unmöglichkeit ihres bestimmungsgemäßen Gebrauchs ohne Verbrauch bedeutet, so bedeutet die Anfechtbarkeit eines Rechtsakts nicht die Möglichkeit seiner Anfechtung, sondern die durch deren Vollziehung bedingte Ungültigkeit derselben." Aber genau betrachtet ist dieses Gleichnis verfehlt und spricht gerade gegen Hölder. Denn selbst wenn man sich auf den oben zurückgewiesenen Standpunkt stellt, daß ein anfechtbares Rechtsgeschäft ein durch Anfechtung bedingt ungültiges sei, so ist für das Gleichnis

[1]) Wendt, a. a. O. S. 164.
[2]) Brinz, a. a. O. IV, S. 403.
[3]) Sintenis, a. a. O. S. 211.
[4]) Jacobi, a. a. O. S. 86.
[5]) Hölder, Kommentar, S. 309.

damit nichts gewonnen. Im Gegenteil, so wie niemand berechtigt ist, für Verbrauchbarkeit zu sagen: „Unmöglichkeit des Gebrauchs“, sondern jeder hinzusetzen müßte „ohne Verbrauch“, so kann man auch nicht für anfechtbar einfach „ungültig“ sagen, sondern müßte hinzufügen; „bedingt durch Anfechtung“, was aber weder Hölder noch irgend ein anderer, der für den Ausdruck „Ungültigkeit“ eintritt, tut.

Ich komme also zu dem Resultat, daß es verfehlt ist, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit unter dem Oberbegriff „Ungültigkeit“ zusammenzufassen. Die oben angeführten Gründe haben wohl die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuchs bewogen, statt der im ersten Entwurf als Ueberschrift des 7. Titels stehenden Bezeichnung „Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte“ in dem entsprechenden dritten Titel des II. Entwurfs die Ueberschrift „Folgen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit“ einzuführen.

Das B. G. B. hat den Ausdruck „Ungültigkeit“ ganz vermieden, die Verfasser waren aber nicht so konsequent, auch von Gültigkeit nicht zu reden: diese Bezeichnung kommt vielmehr des öfteren im Gesetz vor, was z. B. Hölder[1]) übersieht. Aber die Anwendung dieses Ausdrucks ist meines Erachtens unbegründet und überflüssig. Ja, ich halte sie sogar für falsch. Denn nach meiner Meinung ist überall dort, wo von Gültigkeit gesprochen ist, gar nicht diese, sondern vielmehr rechtliche Wirksamkeit gemeint. Ein Geschäft, das gültig ist, braucht, wie weiter unten zu behandeln ist, gar nicht wirksam zu sein. Dagegen ist jedes Geschäft, das wirksam ist, auch gültig. Dies beachtet das Gesetz nicht und setzt darum für die Folge die Ursache, obwohl diese Ursache nicht notwendig diese Folge haben muß. Wenn es z. B. in § 32 Abs. 1 heißt: „Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschlußfassung in einer Versammlung der Mitglieder

[1]) Hölder, Kommentar, § 104, Ziffer V 11.

geordnet. Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, daß der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird," so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß hier nicht gemeint sei, der Beschluß habe nur rechtliche Geltung, wenn der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wurde. Denn die rechtliche Geltung ist noch nicht identisch mit Wirksamkeit. Es soll aber hier ganz sicher angedeutet werden, daß nur dann ein Vereinsbeschluß imstande sein solle, Rechtswirkungen hervorzubringen, wenn der Gegenstand vorher bekannt gemacht war. Rechtliche Geltung des Beschlusses ohne rechtliche Wirksamkeit ist für die Vereinsmitglieder von gar keiner Bedeutung.[1])

Oder wenn § 766 bestimmt:

„Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich," so kann damit nur gemeint sein: Der Bürgschaftsvertrag hat nur dann die Kraft, rechtliche Wirkungen hervorzurufen, wenn die Erteilung der Bürgschaftserklärung schriftlich erfolgt. Wäre die Bürgschaftserklärung nur gültig, ohne wirksam zu sein, so wäre damit weder für den Gläubiger, noch für den Bürgen, noch für den Dritten irgend etwas erreicht.

Ganz ebenso ist die Gültigkeit auch in den anderen Paragraphen[2]) aufzufassen. Das Gesetzbuch hätte meines Erachtens richtiger getan, statt „Gültigkeit" „Wirksamkeit" zu setzen, wodurch sowohl das wirklich Gemeinte klarer, als auch der Sprachgebrauch, dem gegenüber „die Anwendung ‚Gültigkeit' unharmonisch wirkt"[3]) einheitlicher werden würde.

Der Ausdruck „Ungültigkeit" ist, wie oben nachgewiesen, als Zusammenfassung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu

[1]) Vgl. auch Motive, S. 107.

[2]) § 122. 141, 307, 308, 313, 518, 761, 780, 784, 793, 796, 1324, 1326, 2249, 2360, 2368.

[3]) Endemann, a. a. O., S. 317.

verwerfen, und hat darum in diesem Sinne ganz aus der Lehre von der Unwirksamkeit auszuscheiden. Deshalb wäre zu untersuchen, ob die Begriffe der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einzeln unter den Oberbegriff der Unwirksamkeit fallen.

Die erste Frage lautet also: Umfaßt Unwirksamkeit im weiteren Sinne die Nichtigkeit? Diese Frage ist kurz zu beantworten, wenn man die oben gegebenen Definitionen der beiden Begriffe ins Auge faßt. Es war festgestellt: Unwirksam im weiteren Sinne ist ein Rechtsgeschäft, dem die Geschäftswirkung versagt wird, gleichgültig, aus welchem Grunde. Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, dem die Geschäftswirkung versagt wird, weil es rechtlich nicht besteht. Daraus folgt, daß der Begriff der Unwirksamkeit den der Nichtigkeit umfaßt. Dies wird auch allgemein zugegeben. Ja, manche gehen so weit, daß sie die Unwirksamkeit, wenn sie den Begriff nicht gar ganz übersehen, in zahlreichen Fällen mit der Nichtigkeit identifizieren. So Cosack[1]), Enneccerus[2]), Weyl[3]), Scherer[4]) u. A. Allein es mag schon hier darauf hingewiesen werden, daß die Zahl der Fälle, in denen die Unwirksamkeit auch Nichtigkeit bedeuten kann, eine bei weitem nicht so große ist, als fast alle Schriftsteller annehmen. Vielmehr ist, wie ich im zweiten Teil meiner Arbeit nachzuweisen versuchen werde, bis auf eine verschwindend geringe Anzahl von Fällen fast überall die Unwirksamkeit ein anderer, nicht ein die Nichtigkeit umfassender Begriff. Im einzelnen werden diese Fälle im folgenden Paragraphen erörtert werden.

Die zweite Frage wäre: Umfaßt Unwirksamkeit im weiteren Sinne auch die Anfechtbarkeit? Es wird dies von beinahe allen Schriftstellern bejaht, andere geben darauf gar keine Antwort. Am deutlichsten spricht sich meines Er-

[1]) Cosack, a. a. O. S. 156 ff.
[2]) Enneccerus, a. a. O. S. 244 ff.
[3]) Weyl, a. a. O. S. 260.
[4]) Scherer, a. a. O. S. 283.

achtens Rehbein[1]) aus: „Ein Blick in die Fälle der Unwirksamkeit lehrt, daß der Begriff der Unwirksamkeit, über den das Gesetz selbst nichts sagt, weiter reicht, als der der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit und beide umfaßt.“[2])

Eine genaue Begründung, weshalb anfechtbare Rechtsgeschäfte zu den im weiteren Sinne unwirksamen zu zählen seien, gibt niemand. Diese Anschauung läßt sich meines Erachtens nur rechtfertigen, wenn man auf dem Windscheidschen Standpunkte steht, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft von vornherein nicht gültig und nicht wirksam sei. Es ist aber von mir schon oben die Ansicht vertreten worden (und ihr huldigt, wie erwähnt, die größte Zahl aller Schriftsteller), daß eine anfechtbare Willenserklärung rechtlichen Bestand hat und wirksam ist. Ist man aber einmal dieser Ansicht, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft wirksam ist, so ist es eine merkwürdige Inkonsequenz, wollte man sie unter die im weiteren Sinne unwirksamen rechnen. Das anfechtbare Rechtsgeschäft übt, daran kann nach B.G.B. § 142 gar kein Zweifel sein, vor der Anfechtung die Wirkungen eines allen Erfordernissen entsprechenden Rechtsgeschäfts aus. Ja, das Recht sucht sogar möglichst diese Wirkungen beizubehalten. Denn in den Fällen der Anfechtbarkeit werden nicht allgemeine Interessen berührt, sondern „nur Privatinteressen und da überläßt es das B.G.B. ganz mit Recht den Einzelnen, inwieweit sie ihre Interessen selber wahrnehmen wollen durch Anfechtung des Rechtsgeschäfts“.[3]) Aus bloßen Billigkeitsrücksichten gewährt also die Rechtsordnung bestimmten Personen das Anfechtungsrecht. Darum bleiben die Wirkungen bestehen, wenn von diesem Rechte nicht Gebrauch gemacht wird, und das Recht erleichtert diese Möglichkeit noch, indem es Verzicht, kurze Ausschluß-

[1]) Rehbein, Das B.G.B. S. 197.

[2]) Ebenso Crome, a. a. O. S. 346, Eck, a. a. O. S. 42, Hachenburg, a. a. O. S. 133, Planck, a. a. O. I, S. 145.

[3]) Krückmann, a. a. O. S. 313.

frist des Anfechtungsrechts, sowie Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts zuläßt. Erst das angefochtene Geschäft ist unwirksam, denn es wird nach § 142 als von Anfang an nichtig angesehen.

Stellt man die beiden Definitionen in möglichster Prägnanz einander gegenüber:

„Unwirksam im weiteren Sinne ist ein Rechtsgeschäft, dem die Geschäftswirkung versagt wird",

„Anfechtbar ist ein Rechtsgeschäft, dem nicht die Geschäftswirkung versagt wird",

so ist es unmöglich, das anfechtbare Rechtsgeschäft unter die unwirksamen zu zählen. Die Anfechtbarkeit wird also von dem Begriff der „weiteren Unwirksamkeit"[1]) nicht mitumfaßt.[2])

§ 3. B. Weitere Unwirksamkeit im besonderen.

Wie im § 1 betont, spricht das Gesetzbuch an manchen Stellen von Unwirksamkeit, ohne daß ein bestimmter Grund anzunehmen ist, der das Versagen rechtlicher Wirkungen hervorruft. Dieser Begriff der Unwirksamkeit umfaßt, wie weiter in § 2 ausgeführt ist, außer der engeren Unwirksamkeit auch die Nichtigkeit, nicht aber die Anfechtbarkeit. Die Richtigkeit der im vorigen ausgesprochenen Ansichten soll nun im folgenden an den in Frage kommenden Fällen nachgewiesen werden. Alle hier nicht erwähnten Fälle rechne ich, im Gegensatz zu den meisten, wie Endemann, Crome, Planck, Kipp, Weyl u. A., nicht zu der weiteren Unwirksamkeit. Ich werde im zweiten Teile meiner Arbeit versuchen zu beweisen, daß in allen hier nicht erwähnten Fällen die engere, Nichtigkeit nicht umfassende, Unwirksamkeit vorliegt.

Der eine Fall des weiteren Begriffs der Unwirksamkeit findet sich, wie allgemein anerkannt, in § 344. Derselbe lautet:

---

[1]) Figge, a. a. O. S. 21.

[2]) Vgl. auch Motive S. 216.

„Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben."

Hier ist meines Erachtens das „unwirksame Versprechen" als im weiteren Sinne unwirksam aufzufassen, d. h. der Zweck des Paragraphen soll auch erreicht werden, wenn das Versprechen nichtig ist.

(Daß hier auch Unwirksamkeit im engeren Sinne mit umfaßt wird, ist klar, doch soll dies, wie oben betont, hier nicht näher erörtert werden.)

Denn wenn das Versprechen nichtig ist, nehmen wir an, weil es gegen die guten Sitten verstößt, B.G.B. § 138, so ist es, wie bereits erörtert, deswegen ohne die dem Geschäftsinhalt entsprechende Wirkung. Das ist aber klar und auch sicherlich dem Sinne des Gesetzgebers entsprechend, daß, wenn das Versprechen wirkungslos ist, auch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe nicht imstande sein soll, die Geschäftswirkung herbeizuführen. Nicht aber kann meines Erachtens, wie z. B. Hachenburg[1]) meint, hier unter unwirksam auch anfechtbar verstanden werden. Denn das anfechtbare Rechtsgeschäft wird, wie oben auseinandergesetzt, nur aus Billigkeitsrücksichten, nicht um allgemeiner Interessen willen, durch die Anfechtung nichtig gemacht. Wie käme also die Rechtsordnung dazu, wenn das Versprechen bloß anfechtbar wäre, also vor der Anfechtung in seiner Entkräftungsmöglichkeit nur für die Parteien von Interesse ist, der für den Fall der Nichterfüllung getroffenen Vereinbarung einer Strafe jede rechtliche Wirkung zu versagen? Daß auch das Gesetz hier nicht Anfechtbarkeit verstanden wissen will, geht meines Erachtens deutlich hervor aus dem Zusatz: „selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben". Denn wenn die Parteien die Anfechtbar-

[1]) Hachenburg, a. a. O. S. 133.

keit des Versprechens gekannt haben und der Anfechtungsberechtigte ficht nicht an, warum soll ihm dann noch, wo er selbst für sein Interesse nicht sorgt, das Recht den Schutz gewähren, daß die vereinbarte Konventionalstrafe unwirksam sein sollte? Nein, hat der Anfechtungsberechtigte die Anfechtbarkeit des Versprechens gekannt und nicht angefochten, so muß er ganz sicher auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens verabredete Konventionalstrafe zahlen (sc. wenn er nicht erfüllt).

Ein zweites Beispiel des weiteren Begriffs der Unwirksamkeit bietet meines Erachtens § 409, Satz 1:

„Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, daß er die Forderung abgetreten habe, so muß er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.“ Hier kann ebenfalls unter „unwirksam“ („nicht wirksam“ ist selbstverständlich gleichbedeutend) „nichtig“ verstanden werden. Denn die Bestimmung, die dieser Paragraph gibt, dient zweifellos zum Schutze des Schuldners. Ob nun die Übertragung der Forderung ohne rechtliche Wirkung ist, weil sie vom Recht als nicht bestehend anerkannt wird, z. B. weil sie im Scherze geschah (§ 118), also nichtig ist, oder aus einem anderen Grunde, muß für den Schuldner gleichgültig bleiben. Er soll auf jeden Fall berechtigt sein, der ihm als neuen Gläubiger mitgeteilten Person zu zahlen und sich durch diese Zahlung zu befreien. Daß auch hier „unwirksam“ nicht „anfechtbar“ heißen kann, ist klar.[1]) Denn vor der Anfechtung ist ja die Übertragung der Forderung, wie allgemein zugegeben wird, vollgültig. Und zwar ist sie jedem gegenüber gültig. Es brauchte also vom Gesetz nicht besonders bemerkt zu werden, daß sie dem Schuldner gegenüber gelte. Ist die Übertragung der Forderung dagegen angefochten, so gilt sie als von Anfang nichtig; der Fall liegt dann also genau so, wie oben, und daß die nichtige Über-

[1]) Planck, a. a. O. II, S. 192.

tragung dem Schuldner gegenüber gelte, ist, wie oben auseinandergesetzt, vom Gesetze schon gesagt, es brauchte also auch in diesem Falle nicht besonders gesagt zu werden. Es muß aber als selbstverständlich angenommen werden, daß das Gesetz mit dem einen Ausdruck „unwirksam“ nicht mehr sagen wollte, als es zu sagen nötig hatte. Darum ist auch hier die Auslegung, daß unter „unwirksam“ auch „anfechtbar“ zu verstehen sei, als falsch zu verwerfen.

Der dritte Fall, in dem das Gesetz jede Verneinung der Geschäftswirkung, ohne Rücksicht auf den Grund, als „Unwirksamkeit“ ansieht, liegt im § 2085 vor.[1]) Der Paragraph lautet:

„Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.“

Auch hier kann und soll meines Erachtens, genau wie in den vorhergehenden Fällen, unter der unwirksamen Verfügung auch eine „nichtige“ verstanden werden. Denn ebenso, wie nach § 139 die Nichtigkeit eines Teils eines Geschäfts die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts zur Folge hat (wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde), so muß auch sicherlich hier, wenn die „unwirksame“ Verfügung eine nichtige, z. B. unsittliche ist und deshalb nicht rechtliche Wirkungen herbeizuführen vermag, die Folge sein, daß auch die anderen Verfügungen ohne Geschäftswirkung sind, vorausgesetzt, daß der Erblasser sie ohne die nichtige Verfügung nicht getroffen haben würde. Es entspricht dies auch nur dem Gerechtigkeitsgefühl und insbesondere wird durch diese weitere Auslegung dem Willen des Erblassers mehr Genüge getan. Denn wie nach § 133 im allgemeinen schon der wirkliche Wille zu erforschen ist und nicht am

[1]) cfr. Leonhard, a. a. O. S. 432. Hachenburg, a. a. O. S. 133.

buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist, so sollen ja bekanntlich letztwillige Verfügungen dieser den Absichten des Erblassers entsprechenden Auslegung in erhöhtem Maße würdig sein.

Hachenburg[1]) meint nun, daß hier unter der unwirksamen Verfügung auch eine z. B. wegen Irrtums anfechtbare verstanden werden solle. Allein dies ist meines Erachtens auch hier aus denselben Gründen wie oben zu verneinen. Solange die Verfügung nicht angefochten ist, ist sie wirksam, und warum sollte eine wirksame Willenserklärung bloß deshalb, weil sie angefochten werden kann, die Unwirksamkeit der übrigen im Gefolge haben? Wenn schon die Rechtsordnung sich um das anfechtbare Rechtsgeschäft selbst nicht kümmert — wenigstens nicht in dem Sinne, daß sie es unwirksam macht, — und es ruhig gelten läßt, um wieviel weniger darf sie den Verfügungen, die nur im Zusammenhang mit der anfechtbaren stehen, jede rechtliche Wirkung versagen! Man wird also annehmen müssen, daß, wenn die Verfügung nur anfechtbar ist, die anderen gelten sollen.

An diesen drei Fällen, die meines Erachtens die einzigen sind, in denen der Gesetzgeber unwirksam im weiteren Sinne aufgefaßt wissen will, glaube ich die Richtigkeit meiner Ansicht, daß weitere Unwirksamkeit nicht Anfechtbarkeit, wohl aber Nichtigkeit umfasse, bewiesen zu haben.

II. Die reine Unwirksamkeit.

§ 4. A. Abgrenzung gegen die Nichtigkeit.

Das B.G.B. kennt, wie wiederholt betont, zwei Unwirksamkeitsbegriffe, einen weiteren und einen engeren. Unter der weiteren, Nichtigkeit umfassenden, Unwirksamkeit verstand ich die vollständige Ausschließung der Geschäftswirkung, gleichgültig, aus welchem Grunde die Ausschließung

[1]) Hachenburg, a. a. O. S. 133.

erfolgt, und habe die Anwendung des weiteren Unwirksamkeitsbegriffs im B.G.B. nachgewiesen.

Es ist nunmehr nachzuweisen, daß es noch einen engeren Unwirksamkeitsbegriff im B.G.B. gebe und was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Die engere Unwirksamkeit soll, wie erwähnt, die Nichtigkeit nicht mitumfassen. Ich möchte diese Unwirksamkeit, um schärfer hervorzuheben, daß sie keinen andern Begriff in sich birgt, als reine Unwirksamkeit bezeichnen. Worin besteht nun die reine Unwirksamkeit, worin unterscheidet sie sich von der Nichtigkeit? Daß ein solcher Unterschied dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat, kann man schon aus der verschiedenen Behandlung der Begriffe in den einzelnen Entwürfen und dem Gesetzbuche erkennen. So macht z. B. Leonhard[1]) darauf aufmerksam, daß des öfteren in der Ausarbeitung des Textes dem bisherigen „nichtig" der Ausdruck „unwirksam" substituiert worden ist, offenbar deshalb, weil man nicht beides für dasselbe hielt. Das übersehen manche.[2])

Eine, wenn auch nur ganz allgemeine Anschauung von dem Wesen der reinen Unwirksamkeit wird man durch ein einfaches Exempel erhalten, betrachtet man die im vorigen (als vom Gesetzbuch verwendeten) gegebenen Definitionen der Begriffe „weitere Unwirksamkeit" und „Nichtigkeit". Es war oben gesagt: Weitere Unwirksamkeit umfaßt im B.G.B. Nichtigkeit und reine Unwirksamkeit. Unwirksam im weiteren Sinne ist jedes Rechtsgeschäft, dem die Geschäftswirkung versagt wird, gleichgültig aus welchem Grunde. Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, dem die Geschäftswirkung versagt wird, weil es rechtlich nicht besteht. Zieht man den zweiten Begriff vom ersten ab, so erhält man: rein unwirksam ist ein Rechtsgeschäft, dem die Geschäftswirkung versagt wird, aber nicht deswegen, weil es recht-

[1]) Leonhard, a. a. O. S. 433.

[2]) Cosack, a. a. O. S. 156 ff., Enneccerus, a. a. O. S. 242 ff., Scherer, a. a. O. S. 283 u. A.

lich nicht bestände. Jedoch es ist klar, daß man durch diese rein negative Fassung nicht viel erreicht hat. Man muß also versuchen, den Begriff der reinen Unwirksamkeit nach der positiven Seite hin näher zu bestimmen. Dieses soll, wie ja schon aus obigem hervorgeht, in gewisser Beziehung einen Gegensatz zu dem der Nichtigkeit bilden. Daher muß, um ihn klarzustellen, etwas näher auf den uns bekannten Begriff der Nichtigkeit eingegangen werden. Denn wenn man die Ursachen, derentwegen eine Willenserklärung nichtig ist, genau kennt, wird man meines Erachtens auch die Ursachen, die ein Rechtsgeschäft zu einem nicht nichtigen, sondern rein unwirksamen machen, erfassen können, und hat man die Ursachen gefunden, so ist damit auch das Wesen, der Begriff der reinen Unwirksamkeit, gegeben.

Als nichtig sieht das Gesetzbuch ein Rechtsgeschäft an, dem vollständig die Geschäftswirkung versagt wird. Es geschieht dies deshalb, weil das nichtige Geschäft rechtlich nicht besteht. Das nichtige Geschäft hat also keine rechtliche Geltung, es ist ungültig. Warum ist nun, so muß man sich fragen, das nichtige Rechtsgeschäft ungültig? Die Antwort hat dahin zu gehen. Weil es nicht den Erfordernissen genügt, die die Rechtsordnung von einem Rechtsgeschäft verlangt, damit es gültig sei. Das nötigt uns wieder, wenigstens in kurzen Worten, klarzulegen, welche Erfordernisse ein Rechtsgeschäft haben muß, um gültig zu sein, kurz gesagt, welches die Gültigkeitserfordernisse eines Rechtsgeschäfts sind.

Rechtsgeschäfte sind, wie oben definiert, private Willenserklärungen, gerichtet auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges. Daraus gehen schon einige Erfordernisse hervor:

Es ist eine Willenserklärung, mithin ist nötig

1. ein Wille,
2. eine Erklärung.

Der Wille muß gerichtet sein auf Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges, und diesem Willen muß die Erklärung

entsprechen, sie muß ihn zum Ausdruck bringen. Nicht erforderlich ist, daß der Erklärende alle rechtlichen Konsequenzen, die das betreffende Rechtsverhältnis mit sich bringt, im Momente der Erklärung weiß.[1]) Es muß ferner vorhanden sein

3. nicht immer, aber oft, bestimmte Form (Schriftlichkeit, öffentliche Beglaubigung, gerichtliche oder notarielle Beurkundung etc.),

4. Geschäftsfähigkeit des Erklärenden,

5. das Rechtsgeschäft darf nicht gesetzlich verboten sein oder gegen die guten Sitten verstoßen,

6. oft, nicht immer, muß die Willenserklärung einer bestimmten Person oder Behörde gegenüber vorgenommen werden.[2])

Entspricht ein Rechtsgeschäft nicht allen diesen Erfordernissen, fehlt also nur eines, so fehlt die Voraussetzung seiner Gültigkeit, das Geschäft ist ungültig und hat darum nicht die Geschäftswirkung, es ist nichtig. Nichtig ist also ein Rechtsgeschäft, dem auch nur eins der Gültigkeitserfordernisse fehlt. Nunmehr haben wir den Weg gefunden, um den Begriff der reinen Unwirksamkeit festzustellen. Zwar meinen, wie schon erwähnt, manche, unwirksam sei identisch mit nichtig. Allein dem ist keineswegs so. Das B.G.B. kennt vielmehr, wie an den einzelnen Fällen bewiesen werden wird, unwirksame Geschäfte, die nicht nichtig sind. Das nichtige Rechtsgeschäft ist ein Geschäft, dem es an einem Gültigkeitserfordernis mangelt, ein mangelhaftes Rechtsgeschäft.[3]) Daß es außer diesen noch Geschäfte kennt, die nicht die Geschäftswirkung haben, darin folgt das Gesetzbuch nur der allgemeinen Ansicht, der Windscheid[4]) klaren Ausdruck gibt: „Ein Rechtsgeschäft kann unwirksam sein, auch ohne daß durch seine Mangelhaftigkeit sein

[1]) Planck, a. a. O. I, S. 142, Zitelmann, a. a. O. S. 88.
[2]) Genaueres s. Zitelmann, a. a. O. S. 92 ff.
[3]) Mühlenbruch, a. a. O. § 113.
[4]) Windscheid, a. a. O. S. 360.

Können gelähmt ist". Nach der oben gegebenen Definition des Wesens der nichtigen Willenserklärungen ist es nicht schwer, den Begriff der reinen Unwirksamkeit zu bestimmen. Um so merkwürdiger ist es, daß bisher noch fast niemand dies unternommen hat. Die meisten begnügen sich damit, rein äußerlich die einzelnen Arten und Fälle der reinen Unwirksamkeit auseinanderzusetzen. Leonhard[1]) ist meines Wissens der einzige, der eine Begriffsbestimmung versucht hat. Aber er sucht den begrifflichen Unterschied zunächst ganz äußerlich zu erforschen und findet nun, daß es Geschäfte gibt, die nicht wie die nichtigen, umdeutungs- oder bestätigungsfähig sind. Solche Geschäfte sind die rein unwirksamen. Erst nachdem er diesen rein äußerlichen Unterschied festgestellt hat, geht er rückwärts auf die Ursache ein und kommt dann zu dem Resultat, daß Unwirksamkeit (im engeren Sinne) bedeute: „Abwesenheit einer Tatsache, die noch neben dem eigentlichen Geschäftsabschlusse für die Wirksamkeit nötig ist."[2]) Der Weg ist meines Erachtens zu umständlich und führt auch nicht zu einem sichereren Resultat als der von mir gegangene. Denn wenn ich weiß, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft ein Rechtsgeschäft ist, dem eines der aufgezählten Gültigkeitserfordernisse fehle, ist rein unwirksam (wie aus dem oben aufgeführten Rechenexempel zu folgern ist) ein Rechtsgeschäft, dem kein Gültigkeitserfordernis fehlt, das also gültig ist und trotzdem nicht die Geschäftswirkung hat. Es fehlt mithin diesem Geschäfte etwas zur Wirksamkeit, nicht zur Gültigkeit. Was zur Wirksamkeit fehlt, sei, entsprechend der obigen Fassung „Gültigkeitserfordernisse" mit dem Ausdrucke „Wirksamkeitserfordernis" belegt.

Ich komme also zu dem Resultat: Während nichtig das Rechtsgeschäft ist, dem es an einem Gültigkeitserfordernis mangelt, ist rein unwirksam das

[1]) Leonhard, a. a. O. S. 433.
[2]) Ebendaselbst, S. 437.

Rechtsgeschäft, das gültig ist, dem aber ein Wirksamkeitserfordernis fehlt.[1])

Daß dies der Ansicht des Gesetzgebers entspricht, wird an den einzelnen Fällen in folgenden Paragraphen gezeigt werden. Was unter Wirksamkeitserfordernis zu verstehen sei, ist nicht mit einem Worte zu sagen. Das fehlende Wirksamkeitserfordernis kann vielmehr, wie das Gültigkeitserfordernis beim nichtigen Rechtsgeschäft, verschiedene Gestalt annehmen und muß deshalb im folgenden in den einzelnen Bestimmungen gesucht und festgestellt werden. Nach Leonhard[2]) liegt keine Veranlassung vor, die Unwirksamkeit in vollkommene und unvollkommene, in endgültige und vorübergehende zu zerspalten.[3])

Allein ich meine, daß uns die Unwirksamkeit, wenigstens die reine, in so verschiedenen Gestalten im Gesetzbuche erscheint, daß sie gerade zu einer getrennten Behandlung herausfordert. Ich möchte mich darin der bei weitem größten Zahl der Schriftsteller[4]) anschließen. Übrigens sieht sich auch Leonhard[5]) gezwungen, die eigentliche Unwirksamkeit in verschiedene Arten zu zerlegen.

Bei der Gruppierung gehe ich von dem Gedanken aus: Unwirksamkeit ist der Ausschluß rechtlicher Wirkung. Das Natürliche ist es, daß die rechtlichen Wirkungen für immer und gegen jeden ausgeschlossen sind. Diese Unwirksamkeit ist also eine vollkommene. Die Unwirksamkeit kann aber, wie wir sehen werden, auch so sein, daß sie nur für bestimmte Zeit vorhanden ist, d. h. daß das unwirksame Rechtsgeschäft durch das Hinzutreten einer neuen Tatsache wirksam gemacht werden kann, also schwebend ist, oder

[1]) cf. Figge, a. a. O. S. 36, Bernhöft, a. a. O. S. 390.

[2]) a a. O. S. 431.

[3]) Trotzdem spricht er S. 432 a. 3 von „endgültiger" Unwirksamkeit.

[4]) So Eck, a. a. O. S. 42, Jacobi, a. a. O. S. 66 ff., S. 115 ff., Planck, a. a. O. S. 145, Zitelmann, a. a. O. S. 102 u. A.

[5]) Am a. a. O. S. 434 - 439.

nur bestimmten Personen gegenüber, nicht aber jedermann gegenüber vorliegt, relativ ist. Diese beiden Fälle möchte ich als unvollkommene Unwirksamkeit bezeichnen. Demnach spaltet sich die Ausführung in Darstellung der vollkommenen Unwirksamkeit und der unvollkommenen, die hinsichtlich der Zeit als schwebende, hinsichtlich des Geltungsgebietes als relative zu behandeln ist.

§ 5. B. Reine Unwirksamkeit im Besonderen.

1. Vollkommene Unwirksamkeit.

Es ist schon von den Schriftstellern des gemeinen Rechts stets betont worden, daß Rechtsgeschäfte, deren Unwirksamkeit auf dem Parteiwillen, nicht auf den Geboten der Rechtsordnung beruht, den nichtigen Rechtsgeschäften gegenüber ständen. Dies war z. B. für Dernburg[1]) ein Grund, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht als Ungültigkeit, sondern als „Fehlerhaftigkeit" zusammenzufassen. Denn „ungültig heiße nicht anders, als ohne Geltung, d. h. wirkungslos. Daher begreifen manche, sprachlich nicht inkorrekt, unter den ungültigen Rechtsgeschäften auch bedingte nach Ausfallen der Bedingung. So angewendet umfaßt der Ausdruck heterogene Dinge." Wenn auch nach meiner Ansicht der Obersatz, „daß ohne Geltung = wirkungslos sei", falsch ist, vielmehr gerade, wie ich oben ausgeführt habe und weiter zu beweisen versuchen werde, die rein unwirksamen Rechtsgeschäfte im Gesetzbuche vollgültig sind, so beweist doch Dernburg's Ausführung, daß man jene Geschäfte, deren Unwirksamkeit auf Parteiwillen beruht, unmöglich als nichtige ansehen dürfe, vielmehr nichtig und unwirksam als „heterogen" betrachten müsse. Auch das B. G.B. steht vollkommen auf diesem Standpunkt und bezeichnet stets die suspensiv bedingten Geschäfte, deren Bedingung ausfällt, als unwirksam. Dies kann, wie noch

[1]) Dernburg, a. a. O. S, 285.

an einzelnen Fällen gezeigt werden wird, gar nicht geleugnet werden. Es ist daher nicht zu verstehen, wie Crome [1]) diese Geschäfte aus der Lehre von der Unwirksamkeit ausschließen will. Gerade weil das B. G.B. sie als unwirksam ansieht, müssen sie in einem Lehrbuch des B. G.B. auch als solche behandelt werden. Weil das Ausbleiben der rechtsgeschäftlichen Wirkung auf dem Willen der Partei selbst beruht, sind sie nicht weniger unwirksam als solche, bei denen die Rechtsordnung die Wirkung vereitelt. Diese suspensiv bedingten Geschäfte sind meines Erachtens die besten Beispiele dafür, daß unwirksame Geschäfte nicht ungültig zu sein brauchen. Es liegt bei diesen Geschäften eine „Selbstbeschränkung der Wirksamkeit des Geschäfts“ [2]) vor. Denn daß ein solches Geschäft nicht wirkt, „hat seinen Grund nicht in seinem Nichtkönnen, sondern in seinem Nichtwollen.“ [3]) Einige Beispiele mögen klar beweisen, daß das B. G.B. diese Geschäfte für unwirksam, nicht für nichtig hält.

§ 2077 Abs. 1 bestimmt: „Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, ist unwirksam, wenn die Ehe nichtig oder wenn sie vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist.“ — Es heißt dies nichts anderes als [4]): Der Erblasser hat die Ehefrau in der letztwilligen Verfügung bedacht unter der (als selbstverständlich angenommenen und darum nicht besonders ausgesprochenen) suspensiven Bedingung: „wenn die Ehe zurzeit meines Todes besteht und gültig ist.“ Denn im andern Falle, wenn die Bedachte nicht mehr seine Ehefrau wäre, würde er wohl nicht diese Frau bedacht haben: es ist mehr als ungewöhnlich, und wenn kein Beweis dafür vorliegt, auch nicht an-

[1]) Crome, a. a. O. S. 345.
[2]) Windscheid, a. a. O. S. 434.
[3]) Ebendaselbst, S. 360.
[4]) Der Klarheit zu Liebe sei angenommen, daß der Erblasser der Mann ist.

zunehmen, daß jemand z. B. seine geschiedene Frau in seinem Testamente bedenkt.[1]) Die stillschweigende Voraussetzung einer zurzeit des Todes bestehenden gültigen Ehe ist nun nicht eingetoffen, die Bedingung ist ausgefallen. Darum soll die letztwillige Verfügung unwirksam sein.

Es fragt sich, kann dies unwirksam auch hier nichtig bedeuten, ist also hier der weitere Begriff der Unwirksamkeit oder die reine Unwirksamkeit vorhanden? Nach Leonhard wäre das äußere Kennzeichen das, daß ein rein unwirksames Geschäft weder umdeutungs- noch bestätigungsfähig sei. Allein gerade an dem hier vorliegenden Falle ist meines Erachtens zu sehen, daß der von Leonhard vorgeschlagene Wegweiser nur mangelhaft ist und oft versagt. Denn wenn die vom Erblasser getroffene Verfügung nichtig, nicht unwirksam wäre, so könnte doch von Bestätigungsmöglichkeit nicht die Rede sein. Bestätigen kann ja nach § 141, wie es auch selbstverständlich ist, nur derjenige, der das nichtige Rechtsgeschäft vorgenommen hat, es käme also in unserem Falle der Erblasser in Betracht. Dieser ist ja aber nicht mehr am Leben, er könnte also auch, wenn seine Verfügung nichtig wäre, sie nicht bestätigen. Was gar die Möglichkeit einer Konversion betrifft, so ist durch dieses Merkmal eines nichtigen Geschäfts wenig gewonnen. Denn umdeutungsfähig ist nur dasjenige nichtige Rechtsgeschäft, das den Erfordernissen eines andern Rechtsgeschäfts entspricht. Es gibt aber auch nichtige Rechtsgeschäfte, bei denen dies nicht zutrifft, und dies wird sogar meist der Fall sein. So kann auch diese letztwillige Verfügung, wenn sie nichtig wäre, unmöglich den Erfordernissen eines andern Rechtsgeschäfts entsprechen. Wir sehen also, daß wir, wenn im vorliegenden Falle unter Unwirksamkeit auch Nichtigkeit gemeint sein sollte, mit der Prüfung, ob dieses einseitige Rechtsgeschäft undeutungs- und bestätigungsfähig sei oder nicht, vollständig im Stiche gelassen werden.

[1]) Vergl. auch § 2077, Abs. 3.

Auch wenn die letztwillige Verfügung nichtig wäre, würde sie nicht umdeutungs- oder bestätigungsfähig sein. Sollte hieraus vielleicht zu schließen sein, daß hier gar keine reine Unwirksamkeit, sondern die weitere, auch Nichtigkeit umfassende Unwirksamkeit vorliege? Es ist zuzugeben, daß das bisher Angeführte für diese Ansicht spricht. Allein, wie schon oben dargelegt, liegt der Unterschied zwischen Nichtigkeit und reiner Unwirksamkeit nicht in jenen äußerlichen Kennzeichen, sondern ist tiefer zu suchen. Und zwar ist zu erforschen, ob das betreffende Rechtsgeschäft gültig ist und trotzdem nicht wirkt oder ungültig und deswegen nicht wirkt. Ich habe schon oben nachzuweisen gesucht, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft ein Geschäft ist, das nicht den Gültigkeitserfordernissen eines Rechtsgeschäfts entspricht. Trifft das etwa auf den vorliegenden Fall zu? Keineswegs, gerade diese letztwillige Verfügung, um die es sich hier handelt, entspricht allen oben angegebenen Erfordernissen, die ein Rechtsgeschäft haben muß, um gültig zu sein. Es kann gar nicht davon die Rede sein, daß der Betreffende nicht geschäftsfähig war oder die letztwillige Verfügung nicht in der bestimmten Form, hier Schriftlichkeit, getroffen habe; es war auch der Wille vorhanden, den Ehegatten letztwillig zu bedenken und dem entsprach auch die Erklärung, die Verfügung ist auch nicht unsittlich oder gesetzwidrig. Kurz, es findet sich kein Grund, weswegen dies einseitige Rechtsgeschäft des Erblassers ungültig sein sollte. Die Verfügung ist vielmehr vollgültig, und hat trotzdem nicht die Geschäftswirkung. Warum nicht? Weil die Verfügung unter der Bedingung getroffen ist, daß die Ehe zurzeit des Todes gültig besteht, und diese Bedingung sich nicht erfüllt hat. Das Erfüllen der Bedingung ist im vorliegenden Falle das Wirksamkeitserfordernis, und weil dieses fehlt, ist das Geschäft unwirksam, wenn auch gültig. Diese Unwirksamkeit ist eine vollkommene, sie gilt jedem gegenüber und dauert auch nicht nur für bestimmte Zeit, so daß sie dann gehoben werden könnte.

Noch ein zweites Beispiel sei dafür angeführt, daß im B. G. B. suspensiv bedingte Geschäfte nach Ausfallen der Bedingung als rein unwirksame, nicht als nichtige anzusehen sind.

§ 319, Abs. 2 lautet: „Soll der Dritte die Bestimmung (sc. der Leistung) nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert."

Auch hier liegt ein bedingtes Geschäft vor. Denn der Vertrag, durch den die Kontrahenten vereinbaren, dem Belieben eines Dritten die Bestimmung der Leistung zu überlassen, ist abhängig von einem ungewissen, zukünftigen Ereignis, nämlich der Tatsache, daß der Dritte die Bestimmung treffen kann oder will, oder sie nicht verzögert. Nur unter dieser Bedingung, die für die Vertragschließenden selbstverständlich ist, haben sie die Vereinbarung getroffen. Defiziert jetzt die Bedingung, weil der Dritte nicht imstande oder willens ist, die Leistung zu bestimmen, oder die Bestimmung verzögert, so ist der Vertrag unwirksam.[1]) Ist er deshalb auch nichtig? Ich glaube, auch hier muß dies verneint werden. Denn der getroffene Vertrag entspricht zweifellos allen Gültigkeitserfordernissen, ist also vollgültig. Allerdings ist es oft bestritten worden, daß bei bedingten Geschäften, deren Bedingung ausfällt, Wille vorhanden sei. Vielmehr entscheide, so ist namentlich die von Brinz[2]) verfochtene Ansicht, bei bedingten Geschäften erst die Zukunft über die Existenz des Willens. Falle die Bedingung aus, so sei der Geschäftswille nicht vorhanden. Der Wille sei nicht ohne Eintritt der Bedingung.[3]) Danach liege also im vorliegenden Falle das eine Gültigkeitserfordernis, der Wille, nicht vor, deshalb wäre nach Brinz der Vertrag ungültig, also nichtig. Allein ich kann mich der Brinzschen Ansicht

[1]) Planck, a. a. O. II, S. 9. — cf. Fischer-Henle.
[2]) Brinz, a. a. O. S. 97 ff.
[3]) Windscheid, a. a. O. S. 386.

nicht anschließen. Ich glaube vielmehr, daß, wer die Willenserklärung abgibt, bereits Willen hat und daß nur die Wirkung des Rechtsgeschäfts in der Schwebe ist. Die Gründe, die Dernburg[1]) hierfür anführt, sind meines Erachtens schlagend: „Das Wollen ist ein seelischer Vorgang, welcher sich mit dem Entschluß verwirklicht. Er war da oder nicht da. Hieran kann durch künftige Ereignisse nichts geändert werden. Wer sich — vielleicht erst nach langer Überlegung und ernstem Kampfe — entschlossen hat, eine bedingte Willenserklärung abzugeben, hat gewollt."

So auch Windscheid[2]), Endemann[3]), Hölder[4]). Auch das B.G.B. steht vollkommen auf diesem Standpunkt, indem es in § 158 ausdrücklich erklärt, daß die Wirkung von der Bedingung abhängig gemacht sei.

Daß außer dem Willen ein anderes Gültigkeitserfordernis fehle, davon kann überhaupt keine Rede sein. Da aber, wie eben nachgewiesen, Wille vorhanden ist, so liegt ein gültiges, kein nichtiges Rechtsgeschäft vor. Daß es keine Wirksamkeit auszuüben vermag, hat wieder seinen Grund darin, daß ihm ein Wirksamkeitserfordernis, nämlich Erfüllung der Suspensivbedingung, versagt ist.

In derselben Weise ist auch in den übrigen im B.G.B. vorkommenden Fällen[5]) Bedingungsausfall als Grund reiner Unwirksamkeit anzusehen. Genauer auf sie einzugehen, ist hier nicht der Ort. Als Beweis, daß das B.G.B. die bedingten Geschäfte nach Ausfall der Bedingung ohne Ausnahme als unwirksame, nicht als nichtige aufgefaßt sehen will, diene noch folgendes Beispiel, das einen Zweifel an den Absichten der Gesetzgeber meines Erachtens gar nicht mehr zuläßt. § 306 bestimmt: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig." Dagegen erklärt § 2171:

[1]) Dernburg, a. a. O. S. 250.
[2]) Windscheid, a. a. O. S. 385.
[3]) Endemann, a. a. O. S. 324.
[4]) Hölder, a. a. O. S. 247.
[5]) Die bei Leonhard, S. 435 aufgezählt sind.

„Ein Vermächtnis, das auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist . . . ist unwirksam.“ Sollte das ein bloßer Zufall sein, sollte es im zweiten Falle vielleicht auch „nichtig“ heißen? Ich glaube, daß das Gesetzbuch mit vollem Rechte diesem Fall die Bezeichnung „unwirksam“ gegeben hat. Denn wie Leonhard[1]) zutreffend hervorhebt, soll, da das Vermächtnis immer erst beim Tode wirken will und kann, „die Unmöglichkeit der Leistung als Ausfall der Bedingung, daß sie beim Tode möglich sein werde, aufgefaßt werden.“ Diese Auffassung ist dagegen nicht bei dem Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, zuläßig, sofern nicht überhaupt § 308 in Betracht kommt.

Herrschte bei den eben besprochenen Geschäften, den suspensiv bedingten, nach Ausfall der Bedingung, im allgemeinen Einstimmigkeit darüber, daß sie nicht als nichtig anzusehen seien, so ist dies bei den nunmehr zu erläuternden Geschäften keineswegs der Fall. Es handelt sich hier um gesetzlich unmögliche Geschäfte. Es sind dies namentlich die Geschäfte, die keine Bedingung der Befristung vertragen, in Ermangelung eines guten deutschen Ausdrucks „actus legitimi“ genannt.[2]) Während im römischen Recht fünf Geschäfte hierunter fielen, nämlich hereditatis aditio, servi optio, emancipatio, acceptilatio, datio tutoris, ist ihr Kreis im modernen Recht bedeutend erweitert worden. Dagegen kommen die eben genannten zum Teil nicht mehr in Betracht.[3]) Zum Teil erklärt das Gesetz bei diesen actus legitimi, daß sie unter einer Bedingung oder Befristung ab-

[1]) Leonhard, a. a. O. S. 435.

[2]) fr. 77 D. de reg. iur. 50, 17.

[3]) Actus legitimi sind nach B. G. B. folgende Geschäfte: Aufrechnung (388), Auflassung (925), Eheschließung (1317), Anerkennung der Ehelichkeit (1598), Ehelichkeitserklärung (1724), Annahme an Kindesstatt (1742), Aufhebung derselben (1768), Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft (1947), eines Teils derselben (1950), eines Vermächtnisses (2180), Amtes eines Testamentsvollstreckers (2202).

gegeben, unwirksam seien. Bei einem andern Teil dagegen wird bestimmt, daß diese Willenserklärungen nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden können. Sollte darin etwa die Betonung eines Unterschiedes liegen? Ich möchte dies bestreiten, denn meines Erachtens ist kein Grund vorhanden, warum sich z. B. die als unwirksam bezeichnete Annahme oder Ausschlagung eines Vermächtnisses (2180) unter einer Bedingung oder Befristung von der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft (1947), die nicht unter Bedingung oder Befristung erfolgen kann, unterscheiden sollte. Ich bin vielmehr der Ansicht, daß „kann nicht“ keine andere Bedeutung als „unwirksam“ haben soll, daß also alle Rechtsgeschäfte, die nach dem Gesetzbuch nicht vorgenommen werden können, genau so wie die als rein unwirksam bezeichneten anzusehen seien. [1]) Gerade in der Behandlung des Ausdrucks „kann nicht“ ist das Gesetzbuch stets von strengster Konsequenz, indem es immer die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts damit meint, während es in der Behandlung des Ausdrucks „darf nicht“ des öfteren verschiedene Standpunkte einnimmt. Der Grund, weswegen überhaupt nicht durchgängig die actus legitimi bei Hinzufügung einer Bedingung oder Befristung als „unwirksam“ bezeichnet worden sind, ist sicherlich allein darin zu finden, daß die Verfasser des Gesetzbuchs dem auch für Kodifikationen geltenden Schönheitsprinzip „variatio delectat“ Rechnung tragen wollten.

Die actus legitimi mögen in folgendem alle als vom Gesetze für unwirksam bezeichnete Geschäfte gelten. Es fragt sich nun: was bedeutet hier diese Unwirksamkeit, ist es hier die reine Unwirksamkeit oder was sonst? Wie im römischen Recht solche Geschäfte für nichtig angesehen wurden, so pflegt man auch vielfach [2]) der Ansicht zu sein, daß im B. G. B. hier unter unwirksam nur nichtig verstanden

[1]) Planck, a. a. O. S. 25. — Weyl, a. a. O. S. 260.
[2]) So Endemann, a. a. O. S. 316.

werden könne. Nun sagt man sich aber, daß doch dann gewiß nichtig gesetzt worden wäre, zumal da das Gesetz ja in anderen Fällen, wie gezeigt, ausdrücklich einen Unterschied zwischen unwirksam und nichtig macht. Dem entgegnen die Vertreter jener Ansicht, es sei eben eine Inkonsequenz. Aber es sei sicherlich deswegen hier „nichtig" gemeint, weil ja das Gesetz ausdrücklich im § 134 bestimme, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, nichtig sei. Ein unter einer Bedingung oder Befristung erfolgender actus legitimus sei aber vom Gesetz verboten, infolgedessen ein nichtiges Rechtsgeschäft. Es muß zugegeben werden, daß diese Auffassung in der Tat viel für sich hat. Allein ich halte sie nicht für richtig; meines Erachtens besteht ein Unterschied zwischen den gesetzlich verbotenen Geschäften und den hier in Frage stehenden. Um den Unterschied deutlicher zu machen, will ich mich eines Beispiels bedienen. Man vergleiche § 312 und § 1742. Im ersteren Paragraphen wird erklärt, daß ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten nichtig ist. Wird er also abgeschlossen, so verstößt dies gegen ein gesetzliches Verbot, dem Rechtsgeschäft fehlt ein Gültigkeitserfordernis, es ist deswegen nichtig. Und zwar fehlte dem ganzen Rechtsgeschäft als solchem die gesetzliche Sanktionierung, der Vertrag über den Nachlaß des noch lebenden Dritten macht den Inhalt des ganzen Rechtsgeschäfts aus. Entspricht also der Vertrag nicht den Gültigkeitserfordernissen, so bleibt gar nichts von dem Rechtsgeschäft übrig. Das Gesetz will solche Verträge überhaupt nicht kennen. Anders liegt der Fall meines Erachtens bei den actus legitimi. Es diene zur Erläuterung, wie gesagt, § 1742. Dieser bestimmt, daß die Annahme an Kindesstatt nicht unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen könne. Was ist hier gesetzlich verboten, was will das Gesetz überhaupt nicht kennen? Etwa die Annahme an Kindesstatt? Keineswegs: diese ist erlaubt und hat gesetzliche Regelung gefunden. Verboten ist nur eine Tatsache, die zu diesem

Rechtsgeschäft hinzukommen will, die Bedingung oder Befristung. Während im vorigen Falle der verbotene Vertrag das ganze Rechtsgeschäft ausmachte, wird in diesem Falle das Rechtsgeschäft gebildet aus einer an sich vollgültigen Adoption und einem verbotenen Plus, der Bedingung. Nur weil durch dieses Plus das ganze Rechtsgeschäft einen Rechtserfolg haben würde, den es nicht haben soll — denn Adoption verlangt ihrem ganzen Wesen nach endgültig und unwiderruflich zu erfolgen — soll dem ganzen Rechtsgeschäft die Wirkung versagt werden. Die Annahme an Kindesstatt wäre also gültig, wenn sie nicht von der verbotenen Bedingung in die gesetzliche Nichtsanktionierung mit hineingerissen würde. Nicht das Rechtsgeschäft als solches, nur sein Rechtserfolg findet nicht die gesetzliche Genehmigung, während im ersten Falle das ganze Rechtsgeschäft gesetzlich nicht erlaubt ist. Wir sehen also in den actus legitimi Rechtsgeschäfte vor uns, die gültig sind, deren Rechtserfolg aber vom Gesetz nicht anerkannt ist. Es sind demnach keine nichtigen, sondern rein unwirksame Rechtsgeschäfte. Das fehlende Wirksamkeitserfordernis ist hier: gesetzliche Anerkennung der geforderten Rechtsfolge.[1]) Daß von den äußeren Merkmalen der Nichtigkeit (Möglichkeit der Bestätigung und Konversion) hier nicht die Rede sein kann, ist klar und beweist nur noch deutlicher, daß wir es hier mit rein unwirksamen Rechtsgeschäften zu tun haben.

Es ist schon oben hervorgehoben, daß das Gesetzbuch den Ausdruck „kann nicht“ zur Bezeichnung des Begriffs unwirksam verwendet. Doch tut dies das Gesetzbuch nicht nur bei den eben besprochenen actus legitimi. Des öfteren wird auch bei anderen Geschäften der Ausdruck „kann nicht“ gebraucht und wird damit „unwirksam“ gemeint. Wenn z. B. in § 35 bestimmt ist, daß Sonderrechte eines Mitglieds nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden können, so

[1]) Leonhard, a. a. O. S. 436.

kann damit nur gemeint sein, eine ohne seine Zustimmung erfolgte Beeinträchtigung ist unwirksam. Der Beschluß der Mitgliederversammlung ist vollgültig, denn er entspricht allen Erfordernissen der Gültigkeit. Nicht er ist der Gegenstand gesetzlichen Verbots, sondern der Rechtserfolg, den er herbeiführen soll, nämlich die Beeinträchtigung der Sonderrechte findet nicht gesetzliche Anerkennung, es fehlt ihm die Geschäftswirkung. Es sind dies also ebenfalls rein unwirksame Geschäfte, das fehlende Wirksamkeitserfordernis ist wieder die gesetzliche Anerkennung der Rechtsfolge.

Wir haben hier keine nichtigen Rechtsgeschäfte vor uns, doch wird man zugeben müssen, daß der Unterschied zwischen den hier erörterten Rechtsgeschäften und nichtigen, zumal solchen nichtigen, die nicht konvertierbar sind oder bestätigt werden, ein nur geringer, in den letzten Ursachen begründeter ist und wird darum Planck[1]) Recht geben müssen wenn er sagt, daß diese Fälle, wenigstens im praktischen Ergebnis, ebenso wie die nichtigen zu beurteilen seien.

Noch eine dritte Klasse von Rechtsgeschäften ist vollkommen unwirksam, ohne nichtig zu sein. Es sind dies diejenigen Willenserklärungen, die nicht allein die Geschäftswirkung hervorzubringen vermögen, sondern bei denen zur Hervorbringung des Rechtserfolges zwei Tatumstände gehören, von denen einer allein nicht ausreicht. Ein treffendes Beispiel hierfür bietet Art. 22 des Einführungsgesetzes. Hier heißt es im Abs. 2 (es handelt sich um die Legitimation unehelicher Kinder): „Gehört der Vater oder der Annehmende einem fremden Staate an, während das Kind die Reichsangehörigkeit besitzt, so ist die Legitimation oder die Annahme unwirksam, wenn die nach den deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung des Kindes oder eines Dritten, zu dem das Kind in familienrechtlichem Verhältnisse steht, nicht erfolgt ist.“ Hier ist es meines Erachtens klar,

[1]) Planck, a. a. O. I, S. 145.

daß unwirksam nicht nichtig, sondern rein unwirksam bedeutet. Denn weshalb sollte die ohne Einwilligung erfolgte Legitimation mangelhaft sein? Es finden sich sicherlich alle Erfordernisse der Gültigkeit; aber diese mängelfreie Legitimation hat nicht die Kraft, rechtliche Wirkung hervorzurufen. Sie vermag allein nichts zu erreichen. Es muß noch die Einwilligung des Kindes oder des Dritten hinzutreten: erst dann hat das Rechtsgeschäft den verlangten Erfolg. Findet sie also ohne die zum Erfolge nötige Einwilligung statt, so ist die abgegebene Willenserklärung unwirksam, trotzdem sie gültig ist. Es fehlt als Wirksamkeitserfordernis das Hinzutreten eines andern Tatumstandes, hier der Einwilligung. Ein anderes Beispiel bietet uns § 410, wo eine Kündigung oder Mahnung des Zessionars ohne Vorlegung der Zessionsurkunde und bei unverzüglicher Zurückweisung durch den debitor cessus für unwirksam erklärt wird. Hier kann von Nichtigkeit nicht die Rede sein. Die Kündigung oder Mahnung entspricht allen Erfordernissen einer gültigen einseitigen Willenserklärung. Allein sie ist nicht imstande, den Rechtserfolg herbeizuführen, es muß hinzutreten die Vorlegung der Zessionsurkunde, beide müssen zusammenwirken, um den Zweck zu erreichen. Tritt dieser zweite Tatbestand nicht hinzu und weist deswegen der Schuldner die Kündigung zurück, so ist sie ohne die verlangte Rechtswirkung, trotzdem sie ohne Mängel ist. Die Kündigung (bezw. Mahnung) ist also rein unwirksam, das fehlende Wirksamkeitserfordernis ist die Vorlegung der Zessionsurkunde. Ganz ebenso liegen die Fälle der §§ 357, 359, 554, 2, 1398, 1831. Einer besonderen Erwähnung bedarf noch § 111, 1 Satz 1; denn es ist von vielen dieser Fall als nichtig angesehen worden, so von Endemann,[1]) Kipp,[2]) Eck[3]) u. A. Nach diesen soll ein einseitiges Rechts-

[1]) Endemann, a. a. O. S. 316.
[2]) Kipp, a. a. O. S. 368.
[3]) Eck, a. a. O. S. 42.

geschäft, das ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, nichtig sein, nicht rein unwirksam. Denn ein solches Geschäft entbehre eines Gültigkeitserfordernisses, der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden, sei darum mangelhaft. Es ist zuzugeben, daß diese Ansicht den Schein der Richtigkeit für sich hat. Trotzdem möchte ich mich ihr nicht anschließen. Allerdings bewirkt Mangel der Geschäftsfähigkeit Nichtigkeit der Willenserklärung; dies spricht § 105 deutlich aus. Allein hier liegt ja gar kein Mangel der Geschäftsfähigkeit vor; denn der Minderjährige ist geschäftsfähig, wenn auch nur beschränkt, d. h. er bedarf zu nicht rein lukrativen Geschäften der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Ganz mit Recht hat das B. G. B. hier im Gegensatz zu § 105 nicht gesagt, daß eine ohne Einwilligung abgegebene Willenserklärung nichtig sei. Denn wenn es heißt: „er bedarf der Einwilligung", so ist damit gesagt: damit sie Wirkung habe. muß Einwilligung vorhanden sein. Nicht aber kann es heißen: ohne Einwilligung ist sie nichtig, d. h. ungültig. Das ist eben der Unterschied: Eine Willenserklärung eines Kindes ist ungültig: daher kommt hier eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht in Betracht. Ein Rechtsgeschäft eines Minderjährigen dagegen ist gültig, nur ohne Wirkung, wenn ohne Zustimmung. Nur durch das Zusammenwirken der Willenserklärung und der Einwilligung wird der rechtliche Erfolg erzielt. Fehlt es an der Einwilligung, so ist die Willenserklärung, wenn auch fehlerlos, allein nicht ausreichend zur Hervorbringung der rechtsgeschäftlichen Wirkung. Der Fall ist also meines Erachtens vollkommen den oben erwähnten analog.

Das Markante dieser drei erwähnten Klassen besteht also, was in § 3 behauptet war, darin, daß vollgültige Geschäfte vorhanden sind, denen ein Wirksamkeitserfordernis fehlt. Dieses Wirksamkeitserfordernis ist, das können wir nun nach Erledigung der drei Arten als Resultat ziehen, entweder Erfüllung einer suspensiven Bedingung oder gesetz-

liche Anerkennung der Rechtsfolge oder Hinzutreten eines notwendigen zweiten Tatbestandes.

2. Unvollkommene Unwirksamkeit.

§ 6.

a) Schwebende Unwirksamkeit.

Die dritte Klasse der vollkommen unwirksamen Geschäfte bestand darin, wie oben bewiesen, daß zu der gültigen Willenserklärung ein Nebenumstand nicht hinzukam, der hinzukommen muß, um der Willenserklärung die Geschäftswirkung zu verschaffen. Es kann aber ein Geschäft auch in der Weise unwirksam sein, daß der zweite Tatbestand erst später hinzuzutreten braucht, und wenn er hinzutritt, das Geschäft wirksam macht. Diese Geschäfte sind also nahe verwandt mit den oben erwähnten, ja sie können in gewissem Sinne die Vorgänger dieser Geschäfte genannt werden; denn wenn es gewiß ist, daß jener Nebenumstand nicht mehr eintritt, so liegt die bereits erörterte vollkommene Unwirksamkeit vor. Solange diese Gewißheit nicht vorhanden ist, ist noch die Möglichkeit da, daß das Geschäft durch das Hinzutreten des verlangten Erfordernisses voll wirksam wird. Die Wirksamkeit des betreffenden Geschäfts ist also eine Zeitlang unentschieden, es herrscht ein Schwebezustand. Man hat daher allgemein den Zustand dieser Geschäfte, die gerade im B.G.B. besondere Ausbildung gegenüber früheren Gesetzbüchern erfahren haben, recht treffend als „schwebende Unwirksamkeit“ (auch „einstweilige Unwirksamkeit“) bezeichnet.[1])

Ein Beispiel mag das Gesagte erläutern: § 108, Abs. 1 bestimmt: „Schließt der Minderjährige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters,

[1]) So Crome, a. a. O. S. 351; Planck, a. a. O. S. 144; Eck, a. a. O. S. 42; Endemann, a. a. O. S. 316; Zitelmann, a. a. O. S. 102; Hellmann, a. a. O. S. 119; Matthiass, a. a. O. S. 229 u. A.

so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab.“ Die Wirksamkeit des Vertrags hängt von der Genehmigung ab, d. h. nichts anderes, als der Vertrag wird erst wirksam durch Genehmigung, er ist also vorher noch nicht wirksam. Damit ist aber nicht gesagt, daß vor der Genehmigung ein Nichts da wäre. Dies ist keineswegs der Fall, es herrscht vielmehr ein Schwebezustand, bis sich die Ungewißheit, ob die Genehmigung erfolgt oder nicht, entscheidet. Während dieses Schwebezustandes bleiben die Beteiligten gebunden, und das ist meines Erachtens der beste Beweis, daß kein Nichts vor der Genehmigung vorhanden ist. Denn wären die Parteien nicht gebunden, so wäre eben ein Nichts da, und dieses Nichts kann die erfolgende Genehmigung nicht zu einer wirksamen Willenserklärung machen. Die Bindung ist aber keine definitive, wie beim ehemaligen negotium claudicans, sondern es steht nach § 109 dem andern Teil das Recht des Widerrufs zu. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so liegt dann allerdings ein Nichts vor, woraus naturgemäß folgt, daß eine nach dem Widerruf erfolgende Genehmigung des gesetzlichen Vertreters keine rechtliche Bedeutung mehr haben kann.

Der Schwebezustand wird beseitigt durch die erfolgende Genehmigung. Dadurch wird das Geschäft, das keine rechtlichen Wirkungen hervorbringen konnte, ein vollwirksames. Vorher war es ein rein unwirksames, das fehlende Wirksamkeitserfordernis war die noch ausstehende Genehmigung. Es war aber gültig. Dem entspricht auch die Bestimmung des § 184, wonach, wenigstens regelmäßig, die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme zurückwirkt. Wäre vorher nicht nur ein unwirksames, sondern ein ungültiges Rechtsgeschäft da, wie könnte ein Umstand, der nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes zur Wirksamkeit hinzukommen muß, also ein Wirksamkeitserfordernis ist, zugleich auch die fehlenden Gültigkeitserfordernisse ersetzen?

Wie der Vertrag eines Minderjährigen nach § 108 eine schwebende Unwirksamkeit erzeugt, so auch die vertrags-

mäßige Verfügung einer Frau über eingebrachtes Gut ohne Einwilligung des Mannes. Auch hier ist ein Schwebezustand vorhanden, dem die Genehmigung des Mannes ein Ende setzt.[1]) Wird die Genehmigung verweigert, sowohl in § 108 wie in § 1396, so ist vollkommene Unwirksamkeit vorhanden. Denn es liegt ein gültiges Rechtsgeschäft vor, dem ein Wirksamkeitserfordernis fehlt. Die Fälle stehen dann der oben erwähnten dritten Klasse der vollkommen unwirksamen Rechtsgeschäfte gleich, denn fehlendes Wirksamkeitserfordernis ist das Hinzutreten eines zweiten Tatbestandes. Ebenso sind die Fälle der §§ 177, 185,2, 450, 1448, 1829 u. A. aufzufassen, die hier selbstverständlich nicht alle einzeln erörtert werden können.

Im Gegensatz zu diesen Rechtsgeschäften, die noch nicht wirken können und erst wirksam werden durch das Hinzutreten eines andern Umstandes, stehen die Rechtsgeschäfte, die wirksam sind und unwirksam werden durch das Hinzutreten eines anderen Umstandes. Der Fall liegt hier so klar, daß er nur kurz gestreift zu werden braucht. Es liegen hier zweifellos vollwirksame Geschäfte vor, deren Wirksamkeit nachträglich vernichtet wird.[2]) Daß dies auch dem Sinne des Gesetzbuchs entspricht, geht deutlich daraus hervor, daß im B.G.B. hier stets gesagt ist, „wird“ unwirksam; dadurch wird angedeutet, daß die Willenserklärung vorher wirksam war. Auch hier diene wieder ein Beispiel zur Erläuterung: § 108, Abs. 2 lautet: „Fordert der andere Teil den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam.“ Hier liegt sicherlich ein gültiges und wirksames Rechtsgeschäft vor. Denn die Genehmigung oder Verweigerung entspricht allen Gültigkeitserfordernissen und übt vor der Aufforderung

[1]) § 1396, Abs. 1.
[2]) Planck, a. a. O. S. 144.

des andern Teils volle rechtliche Wirkung aus, und zwar Wirkungen, die von jedem geltend gemacht werden können. Erst wenn später der andere Teil zur Erklärung auffordert, ist dies ein Umstand, der die bisherige Wirksamkeit auflöst, die Genehmigung wird unwirksam, dann aber nicht bloß für die Zukunft, sondern rückwärtshin werden alle etwa vorher eingetretenen Wirkungen zu nichte gemacht. Genau ebenso liegt der Fall des § 177, 2. Nach § 354, 2 wird der Rücktritt unwirksam, wenn der zum Rücktritt Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes in Verzug gerät und, trotzdem ihm der andere Teil eine Frist setzt, nicht in dieser Frist zurückgibt. Hier ist ebenfalls unzweifelhaft, daß der Rücktritt wirksam ist. Erst durch das Hinzutreten der angegebenen Umstände wird die bisherige Wirksamkeit zur Unwirksamkeit. Andere Beispiele bieten die §§ 1396, 2, 1448, 2, 2109, 2162, 2337 u. A.

Die meisten[1]) pflegen als diesen ähnliche Geschäfte diejenigen zu bezeichnen, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß ein gewisser Tatumstand nicht eintritt, es sind also gewissermaßen bedingt wirksame Rechtsgeschäfte. Ich habe sie oben zu denjenigen gerechnet, deren Unwirksamkeit ihren Grund im Fehlen eines Nebenumstandes hat. Der Unterschied dieser Ansichten ist nur ein äußerlicher und beruht nur auf den verschiedenen Standpunkten, von denen man diese Fälle betrachtet. Doch gibt meines Erachtens der Wortlaut des B.G.B. der von mir vertretenen Ansicht Recht. Denn wenn es auf dem Planckschen Standpunkte stände, würde es meines Erachtens z. B. in § 357 nicht sagen: „Der Rücktritt ist unwirksam, wenn der andere Teil sich durch Aufrechnung befreien kann und unverzüglich nach dem Rücktritte die Aufrechnung erklärt“. sondern es müßte dann wohl deutlicher so heißen: „Der Rücktritt wird wirksam . . . . ., wenn . . . . der andere Teil nicht unverzüglich die Aufrechnung erklärt.“ Denn die Wirksamkeit soll ja von der

[1]) So Planck, a. a. O. S. 144, Krückmann, a. a. O. S. 321 u. A.

Nichterklärung der Aufrechnung abhängen. Der obige Wortlaut aber spricht dafür, daß vom Gesetz die Nichtmöglichkeit der Aufrechnung und ihre Nichterklärung als ein Nebenumstand angesehen werden, bei dessen Fehlen der Rücktritt unwirksam ist. Doch ist, wie gesagt, der Streit nur ein geringfügiger; praktisch läuft beides auf dasselbe hinaus.

§ 7.

b) Relative Unwirksamkeit.

War oben von einer Unwirksamkeit die Rede, die unvollkommen ist, weil sie beseitigt werden kann und nur während eines Schwebezustandes besteht, so haben wir es hier mit einer Art der Unwirksamkeit zu tun, die unvollkommen ist, weil sie nicht allen gegenüber zur Geltung kommt. Es liegen also Geschäfte vor, die gewissen Personen gegenüber unwirksam sind, während sie anderen gegenüber rechtliche Wirkung haben. Diese Unwirksamkeit ist, wenn auch das Gesetz den Ausdruck nicht gebraucht, mit Recht von vielen als relative Unwirksamkeit bezeichnet worden.[1]) Es ist dies um so berechtigter, als auch die Motive S. 212 mit dieser Bezeichnung die hierher gehörenden Fälle zusammenfassen.

In Anbetracht des Wortlauts im Gesetzbuch, wo in diesen Fällen „unwirksam“ steht, sollte die Bezeichnung eigentlich als unbestreitbar richtig angenommen sein. Dem ist aber nicht so. Einige[2]) sprechen ohne weiteres von relativer Nichtigkeit, Kipp,[3]) Priem,[4]) Cosack[5]) behaupten, die relative Unwirksamkeit sei nichts als anderes als die gemeinrechtliche relative Nichtigkeit, wenn auch die Bezeichnung im B.G.B. nicht gebraucht werde. Demgegenüber

[1]) So Leonhard, a. a. O. S. 437, Crome, a. a. O. S. 350, Zitelmann, a. a. O. S. 103, Hellmann, a. a. O. S. 122, Eck, a. a. O. S. 42, Planck, a. a. O. S. 146.

[2]) So Matthiaß, a. a. O. S. 229, Krückmann, a. a. O. S. 311.

[3]) Kipp, a. a. O. S. 368.

[4]) Priem, a. a. O. S. 575.

[5]) Cosack, § 54 II.

erklärt Crome,[1]) die Bezeichnung relative Nichtigkeit sei nicht richtig und verwirrend, und Endemann[2]) behauptet sogar ausdrücklich: „Der Zwitterbegriff der relativen Nichtigkeit sei nicht anerkannt." Auf welcher Seite liegt nun das Recht? Haben wir im B.G.B. nur eine andere Bezeichnung für die gemeinrechtliche relative Nichtigkeit oder ist die relative Unwirksamkeit des B.G.B. etwas anderes? Was ist die gemeinrechtliche relative Nichtigkeit? — muß daher zunächst unsere Frage lauten. Allein eine klare Antwort kann hierauf nicht gegeben werden, weil nicht alle Schriftsteller des gemeinen Rechts unter dieser Bezeichnung dasselbe verstanden. So betrachten Windscheid[3]) und Mitteis[4]) sie als Anfechtbarkeit. Denn hier hänge die Nichtigkeit von dem Willen einer bestimmten Person ab, darum sei sie als relativ zu bezeichnen. Daß diese Auffassung von der relativen Nichtigkeit ins heutige Recht nicht übertragen worden ist, ist meines Erachtens ganz klar. Denn wenn es in § 135, Abs. 1, der hier besonders in Frage kommt, heißt: „Verstößt die Verfügung über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam", so kann schon aus diesem Grunde von Anfechtbarkeit nicht die Rede sein, weil ja das B.G.B., wie oben nachgewiesen, überhaupt nicht die Anfechtbarkeit unter die Unwirksamkeit begreift. Anfechtbarkeit wird auch nur durch Anfechtung geltend gemacht, und daß diese hier nicht nötig ist, ist zweifellos. Daraus folgt, daß diejenigen, welche die relative Nichtigkeit im B.G.B. wiederzusehen meinen, eine andere gemeinrechtliche relative Nichtigkeit im Auge haben. Daß unter relativer Nichtigkeit nicht eine zu verstehen ist, die dem einen gegenüber vorhanden ist, dem andern nicht, ist sicher. Denn eine solche existiert überhaupt nicht, wie

[1]) Crome, a. a. O. S. 350.
[2]) Endemann, a. a. O. S. 318.
[3]) Windscheid, a. a. O. S. 365.
[4]) Mitteis, a. a. O. S. 131.

meines Erachtens Brandis[1]) schlagend bewiesen hat. Eine solche Nichtigkeit ist undenkbar, denn „Dasein und Nichtdasein“ eines Gegenstandes sind so schlechthin widerstreitende Begriffe, daß sie auch in Rücksicht verschiedener bei ihr beteiligter Personen nebeneinander bestehen können.[2]) Gemeint ist also die relative Nichtigkeit, wie sie z. B. Dernburg[3]) definiert. Danach ist relative Nichtigkeit diejenige Nichtigkeit, die nur bestimmten Personen gegenüber geltend gemacht werden kann. Als Beispiel finden wir bei Dernburg das negotium simulatum,[4]) dem auch andere[5]) zustimmen, obwohl sich in den Quellen kein Nachweis für die Richtigkeit finden läßt. Das simulierte Geschäft ist also nichtig. aber diese Nichtigkeit kann gutgläubigen Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden.[6]) Zugegeben, daß dies zutrifft, so kann man allerdings von relativer Nichtigkeit sprechen. Ist dies auch im B.G.B. der Fall? Ich möchte dies bestreiten. Denn hier, bei der gemeinrechtlichen relativen Nichtigkeit, haben wir in der Tat ein nichtiges Rechtsgeschäft. Ein simuliertes Rechtsgeschäft ist ein solches, bei dem eine Uebereinstimmung zwischen Wille und Erklärung fehlt. Es fehlt einem solchen Geschäft also ein Gültigkeitserfordernis, darum ist es nichtig. So betrachtet das B.G.B. in § 117 mit Recht diese Geschäfte als nichtig, und zwar als absolut nichtig, so daß diese Nichtigkeit auch Dritten gegenüber geltend gemacht werden kann. Doch werden gutgläubige Dritte geschützt durch die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.[7]) Hierin haben selbst die Verfechter des Gedankens,

[1]) Brandis, Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozeß VII S. 121 ff.
[2]) Ebendaselbst S. 124.
[3]) Dernburg, a. a. O. S. 287.
[4]) Ebendaselbst S. 255.
[5]) So Leonhard, Irrtum S. 136, Kohler, Mentalreservation und Simulation in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 128.
[6]) Dagegen Cremer, Beschränkte Nichtigkeit S. 16.
[7]) §§ 405, 892, 893, 932—936, 1032, 1207.

daß im B.G.B. relative Nichtigkeit vorhanden sei. eine solche nicht sehen können.[1]) Doch bietet nach ihnen namentlich § 135 B.G.B. ein Beispiel relativer Nichtigkeit. Ich kann dem nicht beipflichten. Während es sich bei der gemeinrechtlichen relativen Nichtigkeit, wie oben nachgewiesen, um wirkliche Nichtigkeit handelt, liegt hier gar keine Nichtigkeit vor. Vielmehr ist das Rechtsgeschäft vollgültig. entspricht es doch allen Gültigkeitserfordernissen. Ein Geschäft, das nicht gültig ist, ist jedem gegenüber ungültig, wie die Behandlung des simulierten Geschäfts im B.G.B. zeigt.[2]) Allein, obwohl ein solches Rechtsgeschäft gültig ist, braucht es doch nicht wirksam zu sein, denn Wirksamkeit und Gültigkeit decken sich, wie oben nachgewiesen, keineswegs. Diese gültigen Willenserklärungen haben Wirksamkeit eigentlich gegen jedermann, doch zerschellt ihre Kraft an der bevorzugten Stellung derjenigen, die durch das Veräußerungsgebot, gegen welches das Geschäft verstößt, geschützt werden sollen. Der Unterschied von der gemeinrechtlichen relativen Nichtigkeit ist meines Erachtens ganz klar. Dort eine schon beim Geschäftsabschluß mit einem Mangel behaftete Willenserklärung, also eigentlich allen gegenüber ungültig, nur sind gewisse Personen berechtigt, diese Ungültigkeit nicht gegen sich gelten zu lassen; hier eine von Anfang an gültige Willenserklärung, die eigentlich jedem gegenüber wirksam ist, doch sind einige berechtigt, die Wirksamkeit nicht gegen sich gelten zu lassen. Daß in sollen Fällen keine relative Nichtigkeit vorliegt. beweist wohl noch deutlicher § 7 Abs. 1 Satz 1 der K.O. Derselbe lautet: „Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat. sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.“ Vor der Novelle vom 17. Mai 1898 hieß es in dem entsprechenden § 6 statt „unwirksam“: „nichtig“. Hierin sah Dernburg[3]) ein zweifelloses Beispiel relativer Nichtigkeit. Ich sehe im Gegen-

[1]) cf. Priem, a. a. O. S. 58.
[2]) Crome, a. a. O. S. 350.
[3]) Dernburg, a. a. O. S. 287.

teil gerade hierin ein zweifelloses Beispiel relativer Unwirksamkeit. Warum sollten die betreffenden Rechtshandlungen nichtig sein? Entsprechen sie doch — daran ist wohl nicht zu zweifeln — allen Gültigkeitserfordernissen. Aber sie sind darum nicht allen gegenüber wirksam, den Konkursgläubigern gegenüber haben sie, wenn auch gültig, nicht die Kraft, Rechtswirkungen hervorzurufen. Nichtig war meines Erachtens nur ein falscher Ausdruck, der unwirksam bedeuten sollte. Daß dies auch den Gedanken des Gesetzgebers entspricht, zeigt sich deutlich darin, daß bei der Revision für nichtig unwirksam gesetzt wurde. Dadurch sollte sicherlich nicht ein anderer Sinn dem Paragraphen gegeben werden, sondern nur der allein passende Ausdruck für eine bisher übliche falsche Bezeichnung gesetzt werden.[1]) Auch in den übrigen Fällen, die im B.G.B. für relative Unwirksamkeit in Betracht kommen, ist eine relative Nichtigkeit von der Hand zu weisen. Wenn es z. B. in § 506 heißt: „Eine Vereinbarung des (zur Gewährung des Vorkaufs) Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht, oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam", wie sollte hier von einer nichtigen Vereinbarung die Rede sein! Daß sie ungültig sei, davon kann meines Erachtens gar keine Rede sein. Nein, sie ist vollgültig, aber deshalb nicht vollwirksam, sondern muß dem Vorkaufsberechtigten gegenüber ohne Wirkung bleiben. Wir haben auch hier eine reine Unwirksamkeit, die mit Nichtigkeit nichts zu tun hat. Vergl. auch die §§ 374, 1124, 2, 1126, 1399, 1400 u. a. Das fehlende Wirksamkeitserfordernis ist hier die Gleichstellung der bevorzugten Personen mit den andern, denen gegenüber die Geschäfte voll wirksam sind.

[1]) Denn die Umänderung geschah nur, um einen dem § 135 entsprechenden Ausdruck zu setzen, doch also deshalb, weil beide Fälle für gleichartig gehalten wurden. cf. Begründung zur K.O. Novelle § 6 (Hahn, Materialien S. 234).

§ 8. Ergebnis: Voraussichtlicher Einfluß auf den zukünftigen Sprachgebrauch.

Es ist im vorhergehenden von mir versucht worden, darzulegen, daß die rein unwirksamen Geschäfte, in welcher Gestalt sie auch im B.G.B. uns entgegentreten, stets darin übereinstimmen, daß sie vollgültige Geschäfte sind, denen aber ein Wirksamkeitserfordernis fehlt. Das Gesetzbuch hat hier meines Erachtens mit wunderbarer Konsequenz den Begriff, den es selbst erst geschaffen hat, scharf an allen in Betracht kommenden Fällen durchgeführt. Und das muß meines Erachtens einen bedeutenden Einfluß auf den künftigen Sprachgebrauch haben. Gewiß ist mit Leonhard[1]) zuzugeben, daß der praktische Unterschied von Nichtigkeit und Unwirksamkeit ein verschwindend geringer ist, nämlich die Möglichkeit resp. Nichtmöglichkeit der Umdeutung und Bestätigung. Aber darauf darf es allein nicht ankommen. Allerdings würde man „jedesmal Gedächtnis und Scharfsinn in hohem Maße anstrengen müssen", um diesen Unterschied nach der praktischen Seite ausfindig zu machen. Allein dessen bedarf es nach meiner Ansicht nicht so sehr. Wenn man sich vielmehr erst klar gemacht hat, daß zwischen den beiden Begriffen nicht nur ein kleiner praktischer, sondern ein bei weitem bedeutenderer theoretischer Unterschied, nämlich die Gültigkeit bezw. Nichtgültigkeit, besteht, so wird die sorgfältig durchdachte Redeweise des B.G.B. bald in der Juristenwelt Wurzel fassen müssen. Man wird nach meiner Ansicht in Zukunft sich scheuen, ein Geschäft, das allen Gültigkeitserfordernissen entspricht, als ein nichtiges zu bezeichnen. Das Gesetzbuch selbst wird allerdings diesen Erfolg nur dann zu einem sicheren und schleunigen machen, wenn es davon absteht, den Begriff der Unwirksamkeit, wie es bisher getan, in zwei verschiedene zu zerlegen. Solange man sich immer erst fragen muß, ob der betreffende Fall unwirksam im weiteren Sinne oder rein unwirksam sei, kann

[1]) Leonhard, a. a. O. S. 439.

diese Begriffsbestimmung keinen Anklang finden. Diese Zweiteilung ist aber vollkommen überflüssig und leicht zu beseitigen. Denn da ja Unwirksamkeit im weiteren Sinne nichts anderes heißt, als nichtig oder rein unwirksam, so sollte man dies auch in dieser Weise ausdrücken. Bei der ja früher oder später sicherlich stattfindenden Revision des B.G.B. wäre also dahin zu streben, daß für den weiteren Begriff unwirksam die Bezeichnung „nichtig“ oder „unwirksam“ gesetzt würde. Wünschenswert wäre es auch, daß dann die nicht mit dem Ausdruck unwirksam belegten, aber doch als unwirksam aufzufassenden Fälle schon der Einheitlichkeit wegen die Bezeichnung „unwirksam“ erhielten. Dann wäre meines Erachtens ein durchschlagender Erfolg dieser Begriffsbezeichnung sicher. Denn die Bezeichnung Unwirksamkeit hat vor allen anderen Ausdrücken, die hier vielleicht in Frage kämen, den großen Vorteil, daß sie dasjenige, was bei den betreffenden Geschäften bemerkenswert ist, nämlich den Mangel der Wirksamkeit, schon äußerlich klar und deutlich zur Erscheinung bringt.